# دراساتنا

# من الفقه الجعفري

تقرير البحث

سماحة الأستاذ الأكبر آية الله العظمى الحاج

السيد تقي الطباطبائي القمي

تأليف

الشيخ علي المروجي القزويني

٤

بسم الله الرحمن الرحیم

# دراساتنا من الفقه الجعفری


کاتب:

آیت الله سید تقی طباطبایی قمی



نشرت فی الطباعهٔ:

خیام

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

# الفهرس

# دراساتنا من الفقه الجعفری، المجلد ۴

## اشاره

عنوان:

دراساتنا من الفقه الجعفری

نام کتابخانه:کتابخانه آستانه مقدس حضرت فاطمه معصومه (س)

پدیدآورنده:

تالیف تقی طباطبائی قمی, گردآورنده علی مروجی

موضوع:

انصاری , مرتضی بن محمدامین , ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴ق المکاسب - نقد و تفسیر معاملات (فقه)

شماره ردیف:۱۴۳۵۰

کد عنوان:۱۴۵۵۷

سرشناسه فارسی:طباطبائی قمی , تقی , - ۱۳۰۱

محل انتشار:قم

ناشر:مطبعه الخیام

تاریخ نشر:۱۴۰۰ق ۱۳۵۹ =

سایر شناسه افزوده در مستند عنوان:مروجی, علی, , گردآورنده

رده بندی کنگره:

BP۱۹۰-ط۲د۴

چکیده یا سایر اطلاعات ویژه:وقف , واقف سیدعلی احمدی تلخابی۴۰۰۱۴

نوع مدرک:کتاب

زبان مدرک:عربی

سایر شناسه های افزوده در مستند عنوان:المکاسب

# الجزء الرابع

## [مقدمه المؤلف]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد للّه رب العالمین، و الصلاه و السلام علی محمد سید المرسلین، و آله الطیبین الطاهرین، الهداه المعصومین.

أما بعد:

فهذا هو الجزء الرابع من کتابنا الموسوم ب «دراساتنا من الفقه الجعفری» و هو مجموع الابحاث التی ألقاها علینا سماحه سیدنا الاستاذ المحقق الکبیر و الفقیه البصیر حاوی الفروع و الاصول جامع المعقول و المنقول حجه الإسلام و المسلمین، آیه اللّه العظمی (الحاج السید تقی الطباطبائی القمی) دام ظله الوارف، و عنوان هذا الجزء کالجزء السابق کتاب المکاسب لفخر الشیعه و محیی الشریعه شیخنا الانصاری قدس سره الشریف.

و أسأل اللّه عز شأنه التوفیق و السداد، انه خیر موفق و معین..

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵

## [تتمه بحث البیع]

## [البحث فی الخیارات]

### اشاره

البحث فی الخیارات قوله: الخیار لغه اسم مصدر من الاختیار (۱).

قوله: غلب فی کلمات جماعه من المتأخرین فی ملک فسخ العقد (۲).

### [قبل الشروع فی أقسام الخیار ینبغی تقدیم مقدمتین]

### [المقدمه الأولی تعریف حقیقه الخیار]

أقول: قبل الشروع فی أقسام الخیار ینبغی تقدیم مقدمتین:

(المقدمه الاولى) تعريف حقيقه الخيار و هو كما أفاده المصنف قدس سره اسم مصدر و مصدره يكون الاختيار من باب الافتعال «۱».

أقول: ان الخيار فى اللغه ملك مطلق الامر أعم من الفسخ و غيره، و هو لا يتحقق الا بعد الدخول فى العمل، فانه يقال: ان للفلانى خيار أن يدخل دار جاره اذا دخل بها، و أما قبل الدخول بها فلا يتحقق الخيار بل له اختيار فى ذلك. و ملخص الكلام ان الخيار بمعناه اللغوى عباره عن طلب الخير،

---

(۱) أقرب الموارد ماده «خير» يقال أنت بالخيار أى اختر ما شئت، و اختاره اصطفاه و انتقاه.



قوله: و لعل التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام (۱).

و هذا المفهوم لا يتحقق الا باعمال القدره فى أحد طرفى الامر الاختيارى.

و فى اصطلاح جماعه من المتأخرين كالفخر و من تأخر عنه استعمل فى ملك فسخ العقد حتى بلغ الى حد الحقيقه، و الخيار بهذا المعنى مغاير للخيار بمعناه اللغوى، لأنه لا يتوقف تحققه على الدخول فى العمل. مثلا يتحقق خيار المجلس و ان لم يعمل بعد، بخلاف الخيار اللغوى فان تحققه يتوقف على الدخول فى العمل كما عرفت آنفا. فظهر مما ذكرنا أن نقل الخيار من معناه اللغوى و تغليبه فى معناه الاصطلاحى من باب نقل اللفظ الى مبائنه.

أقول: توضيح كلامه أن التعبير عن الخيار بالملك حيث قالوا «انه ملك العقد» للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من

الاحكام، فان الحق مرتبه ضعيفه من الملك، بخلاف الحكم فانه لا يرجع الى اعتبار الملكيه للمحكوم له و لا يكون قابلا للنقل و الانتقال و لا للإسقاط و لذا خرج بقيد الملك ما لم تكن فيه جهه الملكيه و هى الاحكام كالإجازه، و الرد لعقد الفضولى و التسلط على فسخ العقود الجائزه من الخيارات الحكميه. و الذى يقتضيه التحقيق أن يقع البحث فى مقامين:

الاول: انه هل يكون فرق بين الحكم و الحق أم لا؟

الثاني: انه على تقدير الفرق بينهما هل يصح اخراج الحكمى عن عنوان الخيار المصطلح أم لا؟

أما المقام الاول فربما يقال- و هو الحق عندنا- بعدم الفرق بين الحكم و الحق، فان هذه الامور كلها اعتباريه و ان اختلفت من حيث الآثار، فكما يصح أن يقال «لى حق أن أبيع دارى» كذلك يصح أن يقال «يجوز لى بيع دارى»

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷

...

و لا فرق بين جواز قتل المشرك الذى يسمى حكما شرعيا و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل.

و على هذا لا يبقى مجال لما أفاده الشيخ بأن ذكر كلمه «الملك» يخرج الاحكام عن عنوان الخيار لعدم المغايره بين الحق و الحكم على الفرض، و أما على القول بالفرق بينهما- كما قيل ان الحق ما يقبل السقوط بخلاف الحكم فانه لا يقبل شيئا من هذه الامور- فأيضا لا وجه لإخراج الخيار الحكمى عن تحت عنوان الخيار الحقى، لأنه يصح أن يقال: ان الواهب مالك لفسخ العقد و ان الوارث مالك لرد العقد على ما زاد على الثلث و ان العمه و الخاله مالكتان لفسخ العقد على بنت الاخ أو الاخت.

لا يقال: لا نسلم اطلاق الملك فى بعض الموارد لعدم

ترتب آثار الملكيه فيه كعدم قبوله النقل و الانتقال و الاسقاط، و أما الموارد المذكوره فهى من قبيل الاحكام.

لأنا نقول: فليكن كذلك، و لا يجب أن يترتب جميع آثار الملكيه عليها فى جميع الموارد، فان الملكيه فى الاعيان كذلك، فانها ربما لا- تقبل النقل و الانتقال، كأم الولد فانها مملوكه و لكنها لا تقبل النقل و الانتقال، و العين الموقوفه فانها مملوكه للموقوف عليهم و الحال أنها لا تقبل النقل و الانتقال، و كذا الحقوق فان بعضها لا يقبل الاسقاط كحق الحضانه و الابوه و الولايه.

نعم ان بعض الحقوق كحق الشفعه و حق الخيار يقبل الاسقاط.

فتحصل أن الخيار عباره عن ملك فسخ العقد، و لا تخرج منه العقود الجائزه و غيرها لصدق الملك عليها، و أما ترتب جميع آثار الملكيه عليه فلم يقم دليل عليه.

و لكن مع ذلك كله فى النفس شى ء، و هو أنه يختلج بالبال أن يقال: ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸

قوله: و قد يعرف بأنه ملك اقرار العقد و ازالته (۱).

فى معنى الحق اشرب الملكيه التى هى عباره عن أمر وضعى، و لا يبعد أن يكون هذا المعنى فى جميع موارد الحقوق موجوده، فلا يبعد أن نقول بأن الحق عباره عن أمر وضعى و الحكم عباره عن أمر تكليفى.

أقول: قد ذكروا للخيار تعريفا آخر أيضا، و هو ملك اقرار العقد و ازالته. و استشكل الشيخ قدس سره عليه بأنه ان اريد من اقرار العقد ابقاءه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك، لان القدره على ازالته عين القدره على اقراره، اذ القدره لا تتعلق بأحد الطرفين و الا لم تكن قدره بل كانت اضطرارا.

اضف الى ما ذكره الشيخ أن العدول عن

التعريف الاول ان كان من جهه اخراج الخيار الحكمى فهو غير خارج على هذا التعريف أيضا. هذا اذا كان المراد منه ابقاؤه على حاله.

و ان اريد من اقرار العقد الزامه و جعله غير قابل لان يفسخ، فهو تعريف الشى ء بنفسه، و هو دور لان مرجع هذا التعريف الى اسقاط الخيار فلا يؤخذ هو فى تعريف الخيار للزوم تعريف الخيار بالخيار و هو دور واضح. مع أن هذا التعريف ينتقض بالخيار المشترك، فان لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقا، و الظاهر من الالزام جعله لازما مطلقا لجعله فى مقابل الفسخ.

و التحقيق أن يقال: ان المراد من اقرار العقد تثبيته، و لازم ذلک سقوط الخيار، فلم يؤخذ الخيار فى تعريفه حتى يلزم الدور.

و أما الاشكال النقضى الذى ذكره الشيخ فيرد عليه نقضا و حلا:

اما نقضا فبالخيارات المتعدده لشخص واحد، كما اذا اجتمع خيار الحيوان و المجلس و العيب مثلا فى مورد واحد، فان اسقاط واحد من الخيارات كخيار العيب مثلا لا يوجب الزام العقد مطلقا لوجود خيار الحيوان و المجلس، مع أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹

قوله: ان المستفاد من كلمات جماعه ان الاصل هنا قابل لإراده معان ... (۱).

الظاهر منه الالزام المطلق حيث جعله مقابلا للفسخ، فلا يختص الاشكال النقضى للشيخ قدس سره بالخيار المشترک بل يجرى فى الخيار المختص أيضا و لا يلتزم به قدس سره.

و أما حلافان تثبيت العقد من ناحيه أحد الشريكين يلزم من هذه الناحيه و ان كان غير لازم من ناحيه الشريک الاخر، و كذا فى الخيارات المتعدده، فان اسقاط خيار واحد كخيار العيب مثلا يوجب لزوم العقد من هذه الجهه و لا ينافى أن يكون غير لازم من

ناحيه خيار آخر كخيار الحيوان مثلا.

و الحاصل ان الخيار عباره عن تثبيت العقد و ازالته، و لا يرد عليه شی ء مما سبق

لا يقال: ان تعريف الخيار بتثبيت العقد ينتقض بباب الشفعه، فان الشفيع أيضا له تثبيت العقد و ازالته و الحال أنهما ليس بخيار.

لأنا نقول: ان الشفيع لا يجوز له ازاله العقد، بل له أن ينقل المبيع عن المشترى الى عهده نفسه. كيف مع أن تحقق الشفعه يتوقف على صحه العقد و مع ازالته لا تتحقق الشفعه كما هو واضح.

## [المقدمه الثانيه أن الاصل فى البيع اللزوم]

### اشاره

(المقدمه الثانيه) انه ذكر بعض تبعا للعلامه أن الاصل فى البيع اللزوم، لان الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك و حصل الملكيه و الاصل بقاؤها، هذا أولا و ثانيا ان العقد موضوع لغرض و هو انما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه.

### [معانى الأصل]

#### اشاره

أفاد الشيخ ان الاصل هنا قابل لإراده معان:

**الاول: ما ذهب اليه المحقق بأنه يمكن أن يكون المراد منه الغلبه،**

بمعنى أنا نرى عند التفحص أن غالب أفراد البيوع غير قابله للانحلال بالفسخ، و يحصل من ذلك الظن بلزوم كافه البيوع، و اذا شك فى لزوم فرد من البيع و جوازه بأن هذا هل هو من قبيل غالب أفراد البيوع حتى يكون لازما أو من قبيل الافراد



...

النادره حتى يكون جائزا يحكم فيه باللزوم أيضا، لان الظن يلحق الشی ء بالاعم الاغلب.

و استشكل عليه الشيخ قدس سره أنه ما المراد من الغلبه، فانه ان أراد منها غلبه الافراد فغالبها ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، و ان اراد غلبه الازمان- بأن يكون زمان لزوم العقد أغلب من زمان جوازه- فان جواز العقد فى الحيوان مثلا ثلاثه أيام.

و أما لزومه يكون الى يوم القيامه، ففيه: أولا لا تنفع فى الافراد المشكوكه و ثانيا ان غلبه الازمان لا تناسب مع تعبير العلامه فى القواعد حيث قال «و انما يخرج من الاصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب»، فان خروج فردى ثبوت خيار و ظهور عيب يدل على أن المستثنى هو الافراد، و لو كان الخروج زمانيا لكان المناسب أن يقول العلامه قدس سره «انما يخرج عن الاصل زمانان زمان ثبوت الخيار، و زمان ظهور العيب».

و ثالثا انا لو اغمضنا عن ذلك و قلنا ان المراد ثبوت اللزوم لأفراد البيع فى غالب زمانه و سلمنا حصول الظن من هذه الغلبه فى فرد شك فى لزومه، و لكن نقول: لا دليل على حجيه الغلبه، فغايه ما يقال انها توجب الظن، و هو لا يغنى عن الحق شيئا.

**الثانى: من معانى الاصل هى القاعده المستفاده عن العمومات،**

فان مقتضاها لزوم العقد.

و الجواب عنه: انه ان أريد من العمومات الادله اللفظيه كقوله تعالى

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [المائده: ١] «وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» [البقره: ٢٧۴] و نظائرهما فان مقتضى العمومات و ان كان ذلك الا أن هذا التمسک بالعموم لا بالاصل،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١١

...

و الحال أن كلامنا يكون فى مقتضى الاصل الاولى فى البيع لا فى مقتضى العمومات كما هو واضح.

**الثالث من معانى الاصل الاستصحاب**

و مرجعه استصحاب عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ أحدهما.

أقول: ان الكلام فى صحه هذا الاستصحاب و عدمها سيجى ء فانتظر.

**الرابع من معانى الاصل معناه اللغوى،**

بمعنى أن مقتضى طبع البيع عرفا و شرعا على اللزوم، فان جعل الخيار فيه حق خارجى يحتاج الى دليل، كما أن كل جسم مستدير بحسب طبعه الا أن يمنع عنه قاصر خارجى.

و الجواب عنه ان قياس الامر الاعتبارى بالامر الخارجى قياس مع الفارق لان الجسم الخارجى بحسب اقتضاء طبعه يحصل له النمو من جميع أطرافه الاربعه فتحصل له الصوره المستديره، و أما البيع فليس أمرا تكوينيا حتى يقال بأن الاصل فيه يقتضى كذا، بل هو أمر اعتبارى تابع لاعتبار الشارع، فان حكم الشارع بحسب المصالح الواقعيه فيه بانتفاء الملكيه بعد الفسخ يكون البيع جائزا، و ان حكم على بقائها بعد الفسخ يكون البيع لازما.

و الحاصل ان القول بلزوم البيع بحسب اقتضاء طبعه لا يرجع الى محصل بل هو تابع فى لزومه و جوازه للأدله الشرعيه، فان دليله اما الدليل اللفظى كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و اما من الاصل العملى أعنى الاستصحاب، و حيث ان مع وجود الدليل لا تصل النوبه الى الاصل العملى نقدم البحث عن الدليل و نبحث عن دلالته الى الاصل العملى على لزوم البيع و عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١٢

**(الكلام فى الادله التى استدل بها على لزوم البيع)**

**منها- قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،**

## اشاره

و المراد من العقد اما العهد الوثيق كما صرح به بعض أهل اللغه و اما العهد المطلق كما صرح به بعض آخر منهم أيضا، و به فسر أيضا فی صحیحه ابن سنان المرویه عن المعصوم فی تفسیر علی ابن ابراهیم ج ۱ ص ۱۶۰.

و قال الطریحی فی مجمع البحرین: ان العقد أعم من العهد، فان کل عهد عقد و لیس کل عقد بعهد.

و أنت خبیر بأن الامر فی ذلک علی العکس، فان کل عقد عهد و لیس کل عهد عقدا،

و كأن هذا سهو من القلم و الوفاء عباره عن الاتمام، الدرهم الوافى أى التام، و ايفاء الكيل اعطاؤه تاما.

فتدل هذه الايه على وجوب الوفاء بجميع العقود، فاذا دل العقد مثلا على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما اقتضاه العقد من ترتيب آثار ملك المشترى على ما انتقل اليه بالعقد، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام حتى بعد إنشاء الفسخ، لشمول اطلاق الايه لما بعد الفسخ أيضا، فيستدل بالحكم التكليفى- أعنى حرمه نقض مقتضى العقد منها التصرفات الواقعه بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه- على الحكم الوضعى- أعنى فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر- و هو معنى اللزوم.

**و أورد على هذا التقريب بوجوه:**

**(الاول) ما ذهب اليه العلامه فى المختلف**

بأن الوفاء بالعقد هو العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳

...

بمقتضاه، فان كان لازما كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم و ان كان جائزا كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجوار، فلا يمكن الاستدلال بالآيه على اللزوم.

و يرد عليه أولا: ان الزوم و الجواز ليسا من مقتضيات العقد حتى يرد ما قيل، بل انهما حكمان شرعيان، فان الشارع قد يحكم بعدم انفساخ العقد بعد إنشاء الفسخ فيكون العقد لازما، و قد يحكم بانفساخه بعد ذلك فيكون العقد جائزا.

و ثانيا: انا لا نتصور معنى للوفاء على سبيل الجواز، فان وجوب الوفاء بالعقود هو اللزوم كما بيناه آنفا.

**(الوجه الثانى) أن ابقاء الملكيه على حالها و عدم ابقائها ليس مقدورا للمكلف حتى يتوجه عليه دليل وجوب الوفاء بل انما هو بيد الشارع.**

و الجواب عنه: ان معنى وجوب الوفاء بالعقود ليس ابقاء الملكيه حتى لا يكون مقدورا للمكلف، بل معناه هو الجرى عملا على طبق العهد بماله من الآثار، و ترتيب آثاره عليه من عدم جواز التصرف بدون اذنه.

ان قلت: لا تنافى بين وجوب الوفاء بالعقد و التصرف الخارجى حتى يدل عدم جواز التصرف على اللزوم، لأنه يمكن أن يتصرف فيه عدوانا.

قلت: ان البائع لو تصرف فيما انتقل الى المشترى بعنوان أنه ملك له فهذا ينافى لوجوب الوفاء كما لا يخفى، و لكنه لو تصرف عدوانا بعنوان أنه غاصب فهو اعترف بكون التصرف فيه ملكا للغير، و لم يؤثر إنشاء فسخه فيه و لا نعنى من اللزوم الا هذا.

**(الوجه الثالث) ما أورده صاحب الكفايه قدس سره**

بأنه يمكن منع دلاله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴

...

الايه على اللزوم فيما اذا شك فى تأثير الفسخ، اذ مع الشك فيه يكون التمسك بالآيه من باب التمسك بالعموم أو الاطلاق فى الشبهه المصداقيه.

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله ان الشك فى بقاء العقد و عدمه مبتن على كون العقد قابلا للبقاء، و لكنه ليس كذلك لكونه أمرا انصراميا فلا يقبل البقاء و الدوام، و عليه فلا نشك فى بقاء العقد و عدمه، بل نقطع عدم بقائه لما ذكرناه.

و فيه: ان هذا الجواب من الاستاذ لا يدفع الاشكال و لا يمكن المساعده عليه أصلا، لأنه على ما ذكره لا يمكن الاستدلال بهذه الايه و لو فى صوره عدم إنشاء الفسخ، لان المفروض أن العقد أمر انصرامى و ليس له بقاء و دوام فلا يقبل الوفاء.

هذا و لا و ثانيا انا لا نسلم كون العقد أمرا انصراميا بحيث لا يقبل الوفاء، بل ان له بقاء و دواما فى

وعاء الاعتبار، فيكون باقيا ما لم يعدم بانشاء الفسخ.

فالحق فى الجواب عن صاحب الكفايه قدس سره أن يقال: انا نحرز بقاء العقد بالاستصحاب فيشمله دليل وجوب الوفاء. نعم على مسلك عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام الكليه الالهيه- و هو المسلك المنصور- لا يحرز بقاء العقد الا أنه يكون جوابا جدليا.

و أما الجواب التحقيقى فهو أن يقال: ان الوفاء كما بيناه عباره عن الاتمام فالامر بالوفاء يرجع الى النهى عن الفسخ، و من الظاهر أن الفسخ ليس حراما فيكون قوله «أوفوا» ارشادا الى اللزوم، و عليه لا يبقى مجال لهذا الاشكال.

فاغتنم.

## و منها قوله تعالى «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ»،

بتقريب أن حليه البيع التى لا يراد منها الا حليه جميع التصرفات المترتب عليه التى منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الاخر، مستلزمه لعدم تأثير ذلك الفسخ، و هو معنى اللزوم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵

...

اذ لو لم يكن البيع لازما لكان منحلا بالفسخ و رجع المبيع الى ملك الفاسخ و صار تصرف المشترى مثلا تصرفا فى ملك الفاسخ، و هو غير جائز. و بعباره أخرى: يكون التصرف لمن انتقل اليه جائزا حتى بعد الفسخ.

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله بأن هذه الايه لا تدل الا على مجرد حليه البيع بمعنى التمليك و التملك، توضيحه: أن قوله «أَحَلَّ» ان كان متعلقه من الافعال الخارجيه كقوله «أحل اللّه شرب الماء» مثلا يدل على الحكم التكليفى، و أما اذا كان متعلقه عقد من العقود يدل على الحكم الوضعى، فعلى كلا التقديرين- أى سواء كان المستفاد من الايه الحكم التكليفى أو الوضعى- لا تدل على اللزوم. اما على القول بأن المستفاد منها الحكم الوضعى، فغايه ما يستفاد منها فى المقام حصول الملكيه بالبيع

فتكون الايه دليل صحه البيع، و أما على القول بظهور الايه فى الحكم التكليفى كما هو ظاهر بقرينه قوله «حَرَّمَ الرِّبٰا» يكون المراد من حليه البيع حليه التصرفات المتفرعه على البيع، و هو لا يدل على اللزوم.

و يرد عليه أولا لنا أن نختار الشق الاول و نقول: ان الايه تدل على الحكم الوضعى، و مع ذلك يستفاد منه اللزوم.

توضيحه: ان البائع المتوجه حين كتابه مثلا بما أن الأعمال فى الواقعيات محال اما يجعل الخيار لنفسه أم لا، و الأول خارج عن المبحث، و الثانى اما يملكه على النحو الموقت- بأن يجعله ملكا للمشترى سنه أو سنتين- أو الى حين الفسخ أو يجعله ملكا له حتى بعد إنشاء الفسخ، و الاول أيضا خارج عن المبحث لخروج البيع الخيارى عن محل الكلام، فيبقى القسم الاخير و هو جعله ملكا للمشترى حتى بعد إنشاء الفسخ، فيشمله دليل الحل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶

...

و لنا أن نختار الشق الثانى بأن تدل الايه على الحكم التكليفى، و هى حليه التصرف لكل من المتبايعين فيما انتقل اليه بالبيع حتى بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف من حليه التصرف لزوم البيع و هو المطلوب.

**و منها- قوله تعالى «إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ»**

«۱» و هذه الايه تدل على المطلوب سواء قلنا بأن المستفاد منها الحكم التكليفى أو الوضعى، و التقريب هو التقريب فلا نعيد.

ان قلت: لا يمكن التمسك بآيه تجاره عن تراض لعدم انعقاد الاطلاق له كى يتمسك باطلاقه.

قلت: أولا- يمكن النقض بما اذا شك فى صحته من ناحيه أخرى، كما لو شك فى صحته من ناحيه ايقاعه بغير اللغه العربيه، و كذا لو شك فى صحته من ناحيه تقديم القبول على الايجاب هل يلتزم المستشكل بعدم جواز التمسك باطلاق قوله

«إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»، كيف و الحال أن التمسك بالآيه لدفع هذه الاحتمالات كالنار على المنار.

و ثانيا: انه لا وجه لعدم التمسك باطلاق، و احتمال عدم كون المتكلم فى مقام البيان مندفع باجراء أصاله البيان فيما اذا شك فيه، و لو لم يكن ذلك لانسد باب التمسك بالاطلاقات. و ان شئت قلت: ان أصاله البيان فى مورد الشك هى الاصل العقلائى فى باب الظواهر.

هذا اذا كان المستفاد من الايه الحكم التكليفى، و أما اذا كانت الايه ظاهره فى الحكم الوضعى فيكون المراد من الاكل فى الايه هو التملك، فيكون

---

(۱) سوره النساء الايه (۳۳).



...

معنى الايه ان التجاره عن تراض سبب للتملك، فهى باطلاقها تشمل تصرف المفسوخ عليه فيما بيده بعد فسخ الفاسخ أيضا.

و أورد الشيخ قدس سره على الاستدلال بالآيتين الاخيرتين بأنه لا يتم الاستدلال باطلاقهما الا ببركه استصحاب بقاء الموضوع.

و بعباره أخرى: ان موضوع الآيتين و مصب اطلاقهما هو البيع و التجاره، و بقاء هذين العنوانين بعد إنشاء الفسخ غير معلوم، فلا جرم يحتاج احراز الموضوع الى الاستصحاب كى يصح التمسك باطلاقهما.

و يرد عليه أولا: أن هذا الاشكال على تقدير تسليمه وارد على الآيات الثلاث و لا يختص بالآيتين الاخيرتين، و ثانيا انه لا وجه لأصل الاشكال، فان مقتضى الاطلاق عدم تأثير الفسخ و لا تصل النوبه الى الاستصحاب.

و أما ما أورده السيد اليزدى قدس سره على الاستدلال بالآيتين بأن آيه حليه الاكل بالتجاره متعرضه لحال التصرفات فان مفادها جواز الاكل بالتجاره و لا اطلاق فيها بل هى فى مقام بيان أن الاكل بالتجاره حلال فى مقابل الاكل بالباطل من غير نظر الى بيان مده الحليه، و

كـذا «أَحَـلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» لاـ دلاـله لها الاعلى مجرد حليه البيع بمعنى التمليك و التملك و لا تعرض فيها لحليه التصـرفات بعـد البيع حتى تشمل باطلاقها ما بعد الفسخ. (فمدفوع) بما ذكرنا بأن الاطلاق يحرز و لو ببركه أصاله البيان الجاريه بين العقلاء، و ثانيا انه لا يمكن التمسك بالاستصحاب فى المقام لعدم جريانه فى الشبهات الحكميه الالهيه.

و للمحقق النائينى كلام فى المقام، فانه قدس سره وجه كلام الشيخ، و حاصله ان الحكم ليس له اطلاق بالنسبه الى نفسه فكيف يكون ناظرا الى رافعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸

...

و بعباره أخرى: الاطلاق يتصور بالنسبه الى الحالات السابقه على الحكم لا بالنسبه الى الحالات اللاحقه عليه فضلا عن رافعه، فلو شـك فى تأثير الفسـخ لا يمكن أن يؤخـذ بالاطلاق، لأنه فى قوه أن يقال: مقتضـى الاطلاق بقاء الحكم حتى مع وجود رافعه، و هذا أمر غير معقول.

و فيه: أولا انه لا وجه لاختصاص الاشـكال على فرض صـحته بالآيتين، بل يتوجه على الاسـتدلال بالآيات الثلاث، و ثانيا أن هـذا البيان من أصله غير صحيح، فانه ليس المراد من الاطلاق، الاطلاق بالنسبه الى رافع الحكم، بل معناه تحقق الفسخ و عدمه، و من تحقق الاطلاـق بعـد الفسـخ يعلم أن العقـد لاـزم، و من الظـاهر أن الفسـخ أمر يلحق العقـد أعم من أن يكون مشـروعا فى عـالم التشريع أم لا.

و ان شئت قلت: ان الفسخ و عدمه ليسا من الامور المتأخره بل من التقسيمات الاوليه، فلا مانع من شمول الاطلاق لهما.

**(و منها) قوله تعالى: «وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»**

[النساء: ۳۳].

و يمكن أن يستدل به بوجهين: تاره مع ضم المستثنى الى المستثنى منه أى يستدل بمجموع الايه، و أخرى بدون ضم المستثنى.

أما على الاول فتصدى الاستاذ

دام ظله فی مقـام تقریب الاسـتدلال بالآیه بأن الاسـتثناء ظاهر فی المتصل ما لم یقم دلیل علی خلافه، و أما المنفصل فهو خلاف الظـاهر مـا لم یصـر الیه الاـ بـدلیل. و المراد من الاکـل فی الایه کنایه عن التملک فیکون اسـتثناء صوره وقوع التجاره عن تراض دلیلا علی أنه لا یجوز التملک بسـبب الباطل لأنه باطل، و یجوز التملک بسـبب التجاره عن تراض فانها من الاسـباب المملکه، و من المعلوم ان الفسخ لیس من تجاره عن تراض فیدخل فی ربقه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۹

...

الاسباب الباطله فلا یجوز التملک بها.

و یرد علیه: ان الاسـتثناء فی الایه ظاهر فی المنفصل کما هو واضح، الا أن ذلک لا یمنع عن الاستدلال بالآیه، فانها تدل علی أن حصول الملک تنحصـر بالتجاره عن تراض، و انما التملک یحصل بها فقط لا بغیرها من الاسـباب الباطله و الـدلیل علی المدعی الظهور العرفی، فانه یفهم من الایه أن الشارع فی تمام حصر سبب التملک، فلا یکون انفصال الاستثناء مخلا بالاستدلال.

و أما علی الثانی- و هو الاستدلال بالآیه بلا ضم المستثنی منه- فنقول:

ان المراد من الاکـل هو التصـرف المعـاملی، فتـدل الاـیه علی حرمه الاکـل بکل وجه یسـمی باطلا عرفا، فلا بـد أن یکون تعیین المصـداق موکولاـ الی نظر العرف. و مـا نحن فیه یکون من مصادیق الباطل عنـد العرف، فان أخـذ مال المفسوخ علیه بعـد لزوم البیع بمجرد إنشاء الفسخ باطل عرفا فیکون حراما شرعا.

أفاد سـیدنا الاسـتاذ دام ظله انه لا یمکن التمسک بالآیه للزوم البیع، لأنا اذا شـککنا أن الفسخ سبب باطل لا یمکن الحکم بکونه باطلا فانه من الشبهه المصداقیه.

و یرد علیه: ان الباطل أمر عرفی و لیس أمرا

واقعيا يقع متعلق الشک، فلا مجال لهذا الاشكال.

**و (منها) قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه» «۱».**

**و يمكن أن يستدل به على اللزوم بوجوه:**

**(الاول) أن مطلق التصرف فى مال الغير حرام حتى التصرف بالفسخ،**

---

(۱) الوسائل الجزء (۳) الباب (۳) من ابواب مكان المصلى، المستدرک ج (۱) الصفحه ۲۲۲، الاحتجاج الجزء (۲) الصفحه ۲۹۹.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰

...

فيكون الفسخ مورد النهى الشرعى، فلا يكون مؤثرا.

و فيه: اولا ان العرف لا يفهم من التصرف الا ما يكون تصرفا خارجيا.

و ثانيا ان التصرف الاعتبارى لو فرض كونه محرما لا يستلزم الفساد الوضعى.

**(الثانى) أن يكون المراد من الحليه اعم من الوضع و التكليف،**

فلو كان التصرف فى المال تصرفا خارجيا يكون حراما تكليفيا و لو كان اعتباريا يكون حراما وضعيا فلا يكون الفسخ مؤثرا.

و فيه: انه خلاف المتفاهم العرفى، و ان شئت قلت: انه من استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد، و لا يصار اليه الا بالدليل.

**(الثالث) أن يكون المراد من التصرف التصرف الخارجى،**

و من حرمه التصرف الخارجى التكليفى حتى بعد الفسخ يفهم اللزوم، اذ لو لم يكن لازما لم يكن وجه لحرمه التصرف فانه يصير مالا له بالفسخ.

و فيه: ان بقاء العنوان- و هو كون المال مال الغير حتى بعد الفسخ- أول الكلام، فلا مجال لهذا الاستدلال.

**(و منها) قوله صلى اللّه عليه و آله «الناس مسلطون على أموالهم»**

«۱» بتقريب ان مقتضى كون الشخص سلطانا على ماله عدم جواز ايجاد المزاحمه له، فان فسخ البيع بلا رضى الطرف مناف لقاعده السلطه و هو غير جائز، و لا نعنى من اللزوم الا هذا.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، فان الخبر المذكور مرسل فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير تسليم استناد عملهم بهذا الخبر غير جابر كما بينا تفصيله فى محله، و ثانيا بأن المستفاد من الروايه انما هى سلطه الناس

---

(۱) بحار الأنوار الجزء (۲) الصفحه (۲۷۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱

...

على أموالهم، فلا يجوز للغير أن يتصرف فى مال الشخص، و أما الفسخ فليس تصرفا فى المال حتى يكون خلاف السلطنه، بل انه تصرف فى العقد و حل له، و عليه فالروايه أجنبيه عن المقام.

ان قلت: ان الفسخ و ان كان حل العقد و ليس هو تصرفا الا أن الفاسخ يتصرف فى ذلك بعد فسخه.

قلت: ان التصرف بعد الفسخ كونه مصداقا للتصرف فى مال الغير أول الكلام يحتمل أن يكون الفسخ مؤثرا فيكون تصرفه فى مال نفسه. و لكن مع هذا كله فى النفس شى ء، و هو أنه اذا سلمنا سند الروايه و قلنا بأنه ينجبر بعمل المشهور فلقائل أن يقول: ان مقتضى سلطنه الناس على أموالهم عدم جواز اخراجه عن يده بالفسخ و غيره.

**(و منها) قوله صلى اللّه عليه و آله «المؤمنون عند شروطهم»**

«۱» و فى بعض الروايات «المسلمون عند شروطهم» «۲».

بتقريب أن الشرط عباره عن مطلق الالزام و الالتزام و لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، فان العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده حتى فيما بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف منه لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ.

و يرد عليه: ان الشرط بمعنى الربط بين شيئين

«۳» و الالتزام فى ضمن العقد كما فى اللغه و العرف، و من هذا الباب يطلق الشريط الدارج فى لسان أهل

---

(۱) التهذيب، الجزء (۲) الصفحه (۲۱۹) و الاستبصار الجزء (۳) الصفحه (۲۳۲) الوافى، الجزء (۱۲) ص ۸۰.

(۲) الوافى الجزء (۱۰) الصفحه (۶۸) الجزء (۱) ص ۸۰، الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۶) من أبواب الخيار الحديث ۱- ۲- ۵.

(۳) انظر الى القاموس و أقرب الموارد ماده «شرط».

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲

...

العرف حيث يراد منه ما عقد بين الشيئين، فلا يشمل للشروط الابتدائيه، فهى خارجه عن معنى الشرط موضوعا.

ان قلت: لا نسلم اختصاص الشرط بالشروط الضمنيه فقط، بل هو يصدق على الشروط الابتدائيه أيضا، كما يظهر ذلك من موارد استعمالاته، مثل قوله «الشرط فى الحيوان ثلاثه» و قوله «يا رب شرطى الا أعود فى مكروهك» و غير ذلك من موارد الاستعمالات.

قلت: ان استعمال الشرط فى الشروط الابتدائيه مسلم و لا ينكره أحد، الا انا نقول: ان الاستعمال لا يدل على الحقيقه بل هو أعم من الحقيقه و المجاز.

فتحصل أن الشرط لا يصدق على الشروط الابتدائيه و لا أقل من الشك فيه المانع من الاستدلال بدليل المؤمنون.

و ثانيا: ان المستفاد من الشرط جعل الشارط امرا على عهده المشروط عليه.

ان قلت: ليس الامر كذلك فى شرط النتيجه.

قلت: الامر كذلك هناك أيضا، غايه الامر المشروط عليه يأتى بما على عاتقه فى شرط النتيجه بنفس العقد فلاحظ.

و أما التمليك فى البيع فيتحقق بنفس المعامله و لا يجعل الشارط شيئا على عاتق المشروط عليه، لكن يرجع هذا الاشكال الى انكار صدق الشرط على العقد.

و ثالثا: سلمنا انه جعل على عاتقه أن لا يفسخ و يترتب عليه ان الفسخ حرام عليه

لکن الحرمه التکلیفیه لا تستلزم الفساد الوضعی.

و أما ما أفاده المحقق الایروانی بأن الجمله المذکوره لیست ظاهره فی أزید من رجحان الکون عند الشرط الذی هو کنایه عن القیام و الوفاء به، کما یشهد به

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۳

...

أخذ عنوان المؤمن فی الموضوع، و هذا یکون نظیر قوله «المؤمن اذا وعد وفی» فانها جمله خبریه تخبر عما یقتضیه الایمان و یؤثر فیه، و فیها تنبیه علی رجحان تلک الآثار.

فیرد علیه: ان الظاهر المستفاد منها هو إنشاء الحکم الشرعی کما هو المتناسب لمقام الشارع، فان کونه فی مقام الاخبار عن الخارج خلاف الظاهر، و لذا قد حققنا فی محله أن المستفاد من أدله الوفاء بالوعد هو الوجوب، مضافا الی أنه ذکر فی بعض الروایات بصیغه الامر کما فی روایه «۱» غیاث بن کلوب، لکن الروایه ضعیفه.

**(و منها) ما ورد فی خیار المجلس الدال علی لزوم البیع من حین الافتراق**

کقوله صلی اللّه علیه و آله «البیعان بالخیار حتی یفترقا ... » «۲».

بتقریب أن البیع یکون لازما بعدم الافتراق و لا خیار لهما حتی بعد إنشاء الفسخ کما هو مقتضی الاطلاق.

ان قلت: ان الروایات المذکوره ناظره الی لزوم البیع بعد الافتراق من ناحیه خیار المجلس، و بعباره أخری: ان المستفاد منها هو الحکم الحیثی أی یکون لازما من حیث خیار المجلس فلا یؤثر اعمال خیار المجلس بعد الافتراق، و أما ثبوت الخیار من نواحی أخری و عدمه فالروایات أجنبیه عنه.

قلت: ان المستفاد من الروایات المذکوره هو لزوم البیع بعد الافتراق علی اطلاقه، و حملها علی الحکم الحیثی خلاف الظاهر کما هو المیزان فی جمیع الابواب.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۶) من أبواب الخیار، الحدیث (۵).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب الخیار، الحدیث (۳).

**(و منها) استصحاب الملكيه الثابته للمفسوخ عليه قبل الفسخ،**

الا أنه لا يمكن الالتزام به فى المقام، لان الاستصحاب الجارى فى الشبهات الحكميه الكليه معارض مع الاستصحاب الجارى فى ناحيه الجعل.

ان قلت: لا نسلم ابتلاء الاستصحاب بالمعارض فى المقام، بل انه ابتلى بالاصل الحاكم، و هو الاصل السببى، و ذلك أن الشك فى بقاء الملكيه و عدمه مسبب عن الشك فى تأثير الفسخ و عدمه، فمع الاصل الجارى فى ناحيه السبب- و هو أصاله عدم تأثير الفسخ- لا تصل النوبه الى الاصل المسببى أعنى استصحاب بقاء الملكيه.

قلت: يرد عليه أولاـ أن المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان الاستصحاب فى الكلى مطلقا، فانه لو شك فى بقاء وجوب صلاه الجمعه فى زمان الغيبه يكون الشك ناشئا من أن الغيبه رافعه للوجوب أم لا، و لا يلتزم بهذا اللازم.

و ثانيا: ان اطلاق السبب و المسبب على الاحكام الشرعيه انما هو من باب الاصطلاح و الا ليس سبب فى الواقع و لا مسبب بل الموجود حكم و موضوع، فالشك فى تأثير الفسخ شك فى سعه جعل الملكيه لزيد مثلا و ضيقه بأن الشارع جعل الملكيه حتى بعد إنشاء الفسخ او الى إنشائه، فاستصحاب المجعول معارض مع استصحاب عدم الجعل كما عرفت.

ان قلت: ان الشك فى بقاء الملكيه مسبب عن الشك فى انقطاع علاقه الملكيه للفاسخ و عدمه، و الاصل الجارى فى السبب مقدم عليه.

قلت: ان كان المراد من بقاء العلاقه، علاقه الملكيه أو بقاء ما يترتب على الملكيه فهو مقطوع الانتفاء، و ان كان المراد من بقاء العلاقه علاقه حادثه فهو مشكوك الحدوث و محكوم بالعدم، و ان كان المراد من العلاقه العلاقه الموجوده



...

فى مجلس العقد- أى

علاقه الفسخ- فيرد عليه: أولا ـ انه لا ـ يجرى فيما لا خيار كما لو شرط عدمه، و ثانيا ان المرجع عموم وجوب الوفاء لا الاصل العملى، و ثالثا أنه لا مجال لهذا التوهم بعد دلاله دليل خيار المجلس على انقطاع العلقه بالافتراق.

و ربما يرد على الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن الملكيه ذات مراتب فمرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، كالإعراض فان لها مرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، و ان المتيقن من زوال الملك من الفاسخ بالعقد هو انتقال مرتبه قويه من الملك، و أما المرتبه الضعيفه منها- أعنى حق الاسترداد بانشاء الفسخ- مشكوك فيه، فيجرى استصحاب الملكيه فى مرتبه ضعيفه.

قلت: أولا انا لا نسلم أن الملكيه ذات مراتب، بل لا يتصور لها الا مرتبه واحده، فانها أمر اعتبارى بسيط لا تقبل الشده و الضعف.

و ثانيا: انا لو سلمنا أن الملكيه الاعتباريه ذات مراتب و تقبل الشده و الضعف الا أن الملكيه الضعيفه فرد مستقل بوجودها فى قبال الملكيه القويه، فانتقال الملكيه القويه بالعقد غير مشكوك، فانها انتقلت من العاقد بعقده، و أما المرتبه الضعيفه- أعنى حق الاسترداد- نحتمل أن يوجد مقارنا لذهاب المرتبه القويه، فهو من قبيل القسم الثالث من الاستصحاب الكلى الذى لا دليل عليه.

و ثالثا: ان استصحاب الملكيه بما هى لا يثبت الخيار، فانه يمكن أن يترتب عليه الخيار، و مجرد الامكان لا أثر له كما هو ظاهر. اللهم الا أن يقال بأنه لو سلم ثبوت الملكيه بهذه المرتبه و سلمنا بأنه لا أثر لها إلا ثبوت الخيار، فلا مجال لهذا الاشكال الاخير، اذ معناه أن الملكيه المستصحبه موضوع للخيار و اثبات الموضوع بالاصل يترتب عليه الحكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶

...

و رابعا:

ان المقام ليس مقام التمسك بالاستصحاب مع وجود الدليل الحاكم و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان المقام داخل فى النزاع المعروف، و هو أن عموم العام مقدم أو الدليل المخصص، و قد حققنا فى محله أن عموم العام مقدم.

توضيح ذلك: ان المستفاد من دليل الوفاء لزوم العقد مطلقا، و انما خرج عنه ما لم يفترق المتبايعان، فاذا شك بعد الافتراق فى جوازه و لزومه يؤخذ بعموم العام و يحكم بلزومه.

ان قلت: ان جواز التمسك بدليل وجوب الوفاء يتوقف على كون عموم دليل اللزوم عموما زمانيا، و الحال أن المستفاد منه العام المجموعى.

قلت: ان الشبهه المذكوره ترد على تقدير ورود المخصص بعد العام، و أما اذا ورد المخصص فى أول أزمنه انعقاد العقد و خرج فرد واحد من تحته- و هو زمن عدم الافتراق عن المجلس- فالعام باق على حاله. هذا أولا و ثانيا انا بينا فى موضعه و حققنا أن عموم العام مقدم على دليل المخصص، سواء كان استغراقيا أو مجموعيا.

و يمكن أن يقرب استصحاب الخيار بوجهين آخرين:

أحدهما: انا نحتمل أن يكون المقارن لخيار المجلس خيار آخر، فنستصحب بقاء الخيار الكلى بعد انقضائه.

و فيه: ان هذا الاستصحاب من الاستصحاب القسم الثالث من الكلى الذى يعتبر عند الشيخ قدس سره، و أما على ما سلكناه فليس الاستصحاب جاريا فيه لان خيار المجلس مرتفع قطعا و غيره مشكوك حدوثا، أضف الى ذلك كله أن استصحاب الخيار معارض مع استصحاب عدم الجعل.

ثانيهما: ان خيار المجلس أمر واحد، و نحتمل أن يكون له سبب متعدد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷

قوله: ثم انه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقه لازمه او جائزه ان الاصل عدم اللزوم ... (۱)

و مع

هذا الاحتمال أى مانع لاستصحاب الخيار الشخصى الموجود فى المجلس.

و يرد عليه: أن مقتضى انتفاء الخيار بانتفاء المجلس زوال الشخص و ارتفاعه فلا مجال لهذا التوهم، مضافا الى أنه معارض كما مر آنفا.

**[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]**

أقول: حاصل كلامه بتوضيح منا أن المستفاد من كلام العلامه فى مسأله المسابقه أن الاصل هو الجواز فيما لو شك فى لزوم العقد و جوازه.

و أورد عليه من تأخر عنه: بأن المستفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اللزوم و ما زادوا عليه شيئا، و لكنا نقول: لو لا دليل وجوب الوفاء أيضا لكان قول العلامه مخدوشا لعدم وجه صحيح لتقرير هذا الاصل. نعم هذا الاصل جار فى خصوص المسابقه و شبهها، لأنها لا تتضمن تمليكا و تسليطا قبل حصول المعلق عليه حتى يستصحب بقاء ذلك الاثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.

توضيحه: ان العقود التى لها آثار فعليه يتمسك لا ثبات اللزوم باستصحاب بقاء تلك الآثار الفعليه، و أما العقود التى ليس لها آثار فعليه بل لها آثار تعليقيه كالوصيه و التدبير و السبق و الرمايه فانه لا يترتب على هذه العقود و الايقاعات أثر فعلا، فلا يجرى الاستصحاب لإثبات اللزوم. هذا تمام كلامه.

و يمكن أن يورد عليه بوجهين:

الاول- انه قدس سره التزم بجريان الاستصحاب التعليقى، مع أن المقام من هذا القبيل، بأن يقال لو كان السبق حاصلا لم يكن الفسخ مؤثرا فى العقد و كذا الحال بعد الفسخ قبل تحقق السبق، و لا فرق بين المقامين.

الوجه الثانى- ما أورده الآخوند و الميرزا و السيد اليزدى و سيدنا الاستاذ أن الاستصحاب يجرى فى العقود التعليقيه و لو مع الالتزام بالاصل التعليقى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸

...

توضيحه: ان الاحكام المجعوله من الشارع تكون

على نحو القضيه الحقيقيه، و من المعلوم أن القضايا الحقيقيه مقدره الوجود، و يتضح ذلک فى قوله تعالى «وَ لِلّٰهِ عَلَى النّٰاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطٰاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» فمرتبه الجعل تامه، فان الحكم الوجود جعل على المستطيع و ان لم يوجد المستطيع خارجا الى يوم الدين.

نعم ان فعليه الحكم متوقفه على وجود الموضوع، و هو مطلب آخر. فلو شككنا أن هذا الحكم المجعول ارتفع عن موضوعه أم لا فالاصل بقاؤه، و كذلک المقام فان الالتزام بمفاد العقد من المتعاقدين قد وقع فى الخارج و أمضاه الشارع فاذا شک فى بقائه و ارتفاعه بفسخ أحد المتبايعين فالاصل بقاؤه. و بالجمله الفسخ فى العقود نظير الفسخ فى التكاليف، و قد ذكرنا أنه لا مانع من جريانه فى الفسخ. هذا بخلاف الاستصحاب التعليقى، فان المانع الموجود فيه أن الحكم التعليقى الذى يكون فى مرحله الجعل فهو يقينى البقاء و لا يحتاج الى الاستصحاب، اذ ليس الشک فى نسخ الحكم الشرعى. و أما الحكم الفعلى فلم يتحقق فى الخارج بعد، و أما فى المقام فالشک فى الحكم الشرعى بأن نقول ان عقد المسابقه له أثر، و الاصل بقاء هذا الحكم.

و الحق أن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، فان المقام داخل فى الاستصحاب التعليقى، و لا نجد فرقا بين المقام و بين الشک فى الحرمه فى العصير الزبيبى.

و التحقيق أن يقال: ان كان الاصل اللفظى المقتضى لبقاء الحكم موجودا فلا مجال للأصل العملى، و ان لم يكن موجودا فلا مجال للأصل لأنه تعليقى، فما أفاده الشيخ صحيح غايه الامر أنه خلاف مسلكه حيث ذهب الى جريان الاصل التعليقى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹

**[إذا شک فى عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]**

قوله: ثم ان ما ذكرنا

من العمومات المثبته لأصاله اللزوم انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم، و يجرى أيضا فيما اذا شك فى عقد خارجى أنه من مصاديق العقد اللازم او الجائز ... (١)

أقول: ان حاصل كلامه قدس سره أن ما ذكر انما يجرى فيما اذا كان منشأ الشك فى اللزوم و الجواز شبهه حكميه، و كذلك يجرى الكلام بعينه فيما اذا كان منشأ الشك الشبهه الموضوعيه. توضيحه: انا اذا قلنا أن المرجع فى الفرد المردد بين عنوانى العام و المخصص هو العموم، فكلما شك فى أن العقد الخارجى من مصاديق العقد اللازم أو الجائز يتمسك بالعموم لإثبات اللزوم الا ما علم خروجه، و أما اذا لم نقل بذلك و قلنا ان المرجع هو الاصل العملى فهو أيضا ينتج اللزوم، أى يجرى أصاله بقاء الملكيه بعد إنشاء فسخ أحد المتعاقدين الا أن يكون هنا أصل موضوعى يثبت العقد الجائز، كما اذا شككنا فى تمليك زيد لعمرو مثلا أنه هبه كى يكون جائزا أو صدقه ليكون لازما، فان أصاله عدم القربه تقتضى كونه هبه جائزه. هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

و يرد على ما أفاده فى صدر كلامه من جريان الاصل فى بقاء الملكيه: بأن جريان الاصل متوقف على جريان الاستصحاب فى الحكم الكلى، و أما على ما سلكنا فلا مجال له للمعارضه.

ان قلت: ان المفروض ان الشبهه موضوعيه.

قلت: نعم ان الشبهه موضوعيه و لكن المعارضه موجوده، اذ بعد الشك فى الموضوع نشك فى سعه الجعل و ضيقه، فالكلام هو الكلام. نعم لا بأس بجريان الاصل بتقريب آخر، و هو أن مقتضى عموم وجوب الوفاء لزوم كل عقد الا ما خرج، و مقتضى الاصل عدم تحقق العنوان الخارج، فلو

شک فی أن ما وقع فی الخارج هبه أو صدقه لقول تحقق العقد معلوم و انما الشک فی تحقق عنوان

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۰

قوله: اذا شک فی الضمان مع فساد العقد ... (۱)

الهبه، و مقتضی الاصل عدم تحققه.

لا یقال: انه معارض لأصل عدم تحقق الصدقه.

لأنا نقول: لا أثر لهذا الاصل الاعلی القول بالمثبت، فان نفی الصدقه لا یثبت عنوان الهبه، لکن ما ذکرنا انما یصح فیما لا یتحقق علم اجمالی، کما لو شک فی أن الواقع هبه أو بیع، فان صاحب المال لو فسخ یتحقق للطرف الاخر علم اجمالی بأنه اما یجب علیه تسلیم الثمن و اما یحرم علیه التصرف فی المال، و هذا هو المیزان الکلی.

و مما ذکرنا یظهر ما فی کلام المصنف من الاشکال، فان مقتضی ما أفاده أن استصحاب عدم زوال أثر العقد یثبت صفه اللزوم للعقد بأن التملیک الواقع باق بحاله، و أما تعیین أنه بیع لیکون لازما أو هبه فلا یثبت به بل اذا شک فی اشتغال الذمه بالعوض یجری البراءه.

و یرد علیه أن بعد إنشاء الفسخ یحصل العلم الإجمالی، اما بخروج العین عن ملکه علی فرض أنه هبه فلا بد من أدائه أو بثبوت العوض علیه بناء علی أنه بیع فلا تجری أصاله البراءه.

و بعباره أخری: اذا فسخ المالک الاصلی یعلم الطرف الاخر بتوجه التکلیف الیه، و لا یمکن التمسک بالبراءه اذا لزم منه المخالفه العملیه.

### [إذا شک فی الضمان مع فساد العقد]

اقول: ملخص کلامه انه اذا علم فساد العقد و شک فی أنه من العقود المضمنه أم لا، فلا بد من ملاحظه المدرک فی المقام، فعلی القول بأن المدرک فی باب الضمان بالعقود الفاسده قاعده الید یحکم بالضمان لعموم القاعده المذکوره و

أما على القول بأن المدرك قاعده الاقدام بالضمان أو قلنا بأن خروج الهبه مانع عن التمسك بالعموم اذ يكون من التمسك بالعموم مع الشك فى المصداق فلا نحكم بالضمان. هذا كلامه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱

قوله: القول فى أقسام الخيار ... (۱)

قوله: الاول فى خيار المجلس ... (۲)

و يرد عليه: ان خروج الهبه و ان كان بهذا العنوان كى يكون الخارج عن تحت العام معنونا بهذا العنوان، لكن نقول لا مانع من احراز عدم العنوان و عدم تحققه فى الخارج بالاصل الازلى، فيتحقق الموضوع، فان موضوع العام بعد التخصيص عباره عن وضع اليد على مال لا يكون هبه، و من الظاهر أن وضع اليد وجدانى و عدم تحقق عنوان الهبه يحرز بالاصل.

**[القول فى أقسام الخيار]**

**اشاره**

أقول: أفاد الشيخ أن بعض العلماء كالشهيد عد أقسام الخيار أربعه عشر قسما، و بعضهم كالمحقق و العلامه قدس سرهما عدها سبعه أقسام، و نحن نقتفى أثر المقتصر على السبعه.

و ملخص الكلام فى هذا المقام ان الخيار اما مجعول تعبدا كخيار الحيوان و المجلس و اما مجعول بجعل ابتدائى من المتعاملين، و اما خيار تخلف الشرط و كلما يذكر أو ذكر من الاقسام يدخل فى أحد هذه العناوين، و ابتدأ الشيخ بذكر خيار المجلس، و نحن أيضا نقتفى أثره.

**[القسم الأول خيار المجلس]**

**اشاره**

أقول:

**تنقيح الكلام فيه يحتاج الى بسط الكلام فى ضمن جهات:**

**(الجهه الاولى) فى معنى المجلس**

و المراد من المجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع، فلا خصوصيه لعنوان المجلس، و انما عبر عنه بالمجلس لأنه يتحقق فيه

غالبا، فالميزان فيه كون المتبايعين فى حال الاجتماع الذى كانا حين البيع سواء كانا فى المجلس أم لا كانا جالسين أو قائمين.

**(الجهه الثانيه) فى دليله،**

أقول لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت هـذا الخيار للبائع و المشترى، و تـدل عليه عده من الروايات و ان كان بعضـها مخدوشا من حيث السند.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲

...

منها- ما رواه محمـد بن مسـلم عن أبى عبد اللّه عليه السـلام قال: قال رسول اللّه صـلى اللّه عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا «۱» و غير ذلك من الروايات.

و لا يعتـد بالموثق الحاكى لقول على عليه السـلام: اذا صـفق الرجل فقـد وجب و ان لم يفترقا.. «۲» اذ لا شـبهه فى أصل الحكم، فـان ثبوت خيـار المجلس من واضـحات الاحكام الفقهيه فلا بـد من العلاج، فربما يقال بأنها تحمل على التقيه لـذهاب جمع من العامه الى القول بعدم خيار المجلس كأبى حنيفه.

ان قلت: انها نقلت عن على عليه السلام، و هو لم يكن فى حال التقيه و انما هى كانت فى عصر الصادقين عليهما السلام.

قلت: ان الروايه و ان كانت علويه الا أن الحاكى لهذه الروايه الصادق عليه السلام فتكون التقيه فى النقل.

ان قلت: مثل هذه التقيه غير معهود، لان التقيه اما تكون بأن يعمل الناس عليها، أو تكون التقيه فى نفس بيان الاحكام، و اما التقيه فى الحكايه فهو أمر حادث.

قلت: أولا أن كونها غير معهود لا يضـر حمل الروايه عليها اذا ساعـده الـدليل و ثانيا يمكن أن يقال: ان عليا عليه السـلام كان فى مقام بيان الحكم

بلحاظ زمان التقيه.

و ربما يقال فى مقام رفع الاشكال: ان المراد من صفق على البيع الصفق على المبيع و هو الالتزام بالبيع باسقاط الخيار، لا الصفق المحقق للبيع، كيف و موضوعه المبيع فيكون البيع محققا قبلا.

قلت: حمل صفق البيع على صفق المبيع خلاف الظاهر، و الموجود فى

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخيار، الحديث (۱).

(۲) نفس المصدر، الحديث (۷).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳

قوله: مسأله لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين اذا كانا أصليين ... (۱)

الروايه «اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» و بعباره أخرى: لا وجه لحمل البيع على المبيع. و الحاصل ان الروايه المذكوره لا بد أن تطرح ان لم تكن قابله للحمل على التقيه أو غيرها بعد كون هذا الخيار من واضحات الفقه و مسلماته.

و ربما يقال: ان النصوص المستفيضه قائمه على ثبوت خيار المجلس، فهى تقدم على الروايه المنقوله عن على عليه السلام لوجود المرجح فيها و هو الاستفاضه.

و يرد عليه: ان المرجحات فى باب التعارض معلومه و منصوصه و ليست الاستفاضه منها.

## [الجهه الثالثه انه يقع الكلام فى أن الخيار يثبت لمن]

### اشاره

أقول: الجهه الثالثه انه يقع الكلام فى أن الخيار يثبت لمن، للمتبايعين فقط أو يثبت للوكيل، و على فرض ثبوته للوكيل يثبت له مطلقا أو فى الجمله.

لا بد أن يبحث فى كل واحد منها على حده.

### أما ثبوته للمتبايعين

فلا اشكال فيه اذا كانا أصليين كما أفاده المصنف،

### و أما ثبوته للوكيلين

#### اشاره

فأفاد قدس سره أنه لا اشكال فى ثبوته أيضا فى الجمله، و لا بد لنا أن نوضح معنى قوله «فى الجمله» فنقول: ان الوكيل فى المقام يتصور على أنحاء:

الاول- أن يكون وكيلا فى مجرد اجراء الصيغه فقط و لا مداخله له فى أمر العقد أصلا، فهو يكون فى هذا الفرض كاللسان من الموكل.

الثانى- أن يكون وكيلا مستقلا فى المعامله ايجادا فقط، كما اذا و كله فى شراء ثوب له أو دار.

الثالث- أن يكون وكيلا مستقلا مطلقا فى أمر المعامله ايجادا و اعداما، و بعباره أخرى يكون وكيلا مفوضا اليه كليه أمر المعامله.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴

...

الرابع- أن يكون مفوضا اليه أمر المال ان شاء باع و ان لم يشأ لم يبع

### اما القسم الاول- أعنى كونه وكيلا فى اجراء صيغه العقد فقط

#### اشاره

فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم الخيار أمور:

#### الأمر (الاول) ما افاده شيخنا الاعظم قدس سره

بتوضيح منا: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، فان الحكم لا يحقق موضوعه.

و بعباره واضحه: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين فى نقض ما التزم به و ابرامه بعد الفراغ عن سلطنته على ما نقل اليه ورد ما التزم به، و لا شبهه أن مجرى الصيغه لا يملك ذلك و ليس له الرد حتى يثبت له بأدله الخيار ملك كلا

الالتزامين. ألا ترى أنه لو شك المشترى فى كون المبيع ممن ينعتق عليه لقرابه أو يجب صرفه لنفقه أو اعتاقه لنذر، لا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدله الخيار، فكما لا يمكن القول بتحقق الخيار فى الفرع المذكور فكذا فيما نحن فيه. و الحاصل ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون له السلطه على الرد، و حيث أن هذا المعنى مفقود فى المقام فلا خيار له.

و يرد عليه: ان الخيار اما حق متعلق بالعقد كما هو الحق، أو حق متعلق بالعين. و على الاول فنقول: ان معنى الخيار ملك حل العقد يلزم من ذلك تراد العينين، و هذا المعنى متحقق حتى فى مورد الانعتاق، و هو و ان كان تلفا حكميا الا أن الخيار لا يسقط بمجرد تلف أحد الطرفين بل يرجع الى بدله كما هو كذلك فى تلف المبيع فى زمن الخيار.

هذا اذا كان الخيار متعلقا بالعقد، و أما اذا كان متعلقا بنفس العين فان موضوع الخيار و ان كان منتفيا فيما اذا كان المبيع ممن ينعتق على المشترى، لان موضوع

من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵

قوله: مضافا الى ملاحظه بعض هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان (١).

الخيار تراد العينين و لا يحصل هذا المعنى بانعتاق المبيع. الا أنه لا يضرنا ذلك لان عدم الخيار يكون من باب عدم وجود موضوعه و لا قصور فى ذلك من ناحيه الوكاله.

و أما قوله «ان الحكم لا يحقق موضوعه» فهو متين جدا و نحن لا ننكر ذلك و نقول: ان الموضوع ان ثبت و لو بالاصل فهو و الا لا يمكن التمسك بالعموم و الاطلاق لكونه شبهه مصداقيه، و لكن قوله «ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه» مدفوع بعدم قيام دليل على ذلك بعد صدق البيع على الوكيل فى مجرد اجراء العقد، فالمدار على صدق البيع و عدمه.

و بعباره أخرى: انا لا ندعى أن الحكم محقق لموضوعه، بل ندعى ان الكلام فى صدق الموضوع و عدمه، و هذا هو المهم، فلو صدق العنوان يتحقق الحكم و لا دليل على اشتراط أمر آخر فى الموضوع.

مضافا الى أن حق رد ما انتقل اليه بلا استرداد ما انتقل عنه لا معنى له و معه يكون عباره عن الخيار، فهذا الاشتراط يرجع الى اشتراط الموضوع بوجود المحمول و القضيه بهذا النحو ضروريه.

**الامر الثانى من الامور التى استدل على عدم الخيار للوكيل فى اجراء الصيغه أن ملاحظه بعض أخبار الباب يعطى اختصاصه بالمالک،**

كما فى قوله عليه السلام فى صحيح ابن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثه ايام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا ... «١»

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣)



...

بتقريب أن لفظ «متبايعين» موضوع لخيار المجلس و خيار الحيوان،

و لا ريب أن خيار الحيوان المذكور فى هذه الروايه مختص بالمالك لعدم خيار الحيوان لغير المالك، و لأجل وحده السياق يصير خيار المجلس المذكور فيها مختصا بالمالك أيضا.

و يرد عليه أولا: ان هذا الاستظهار من الروايه يستلزم أن لا يكون للوكيل خيار أصلا لكونه غير مالك و ان كان وكيلا مفوضا، و هو خلاف ما ذهب اليه قدس سره بأنه لا اشكال فى ثبوته للوكيلين فى الجمله.

و ثانيا: ان اختصاص خيار الحيوان بالمالك قد علم من الخارج، و أما العنوان المأخوذ فى صحيح ابن مسلم مطلق.

و ثالثا: ان وحده السياق لا تقتضى رفع اليد، اذ يكونان من المثبتين. و بعباره واضحه: لو كان مقتضى المطلقات ثبوت الخيار حتى للوكيل فى العقد يؤخذ بها و لا يرفع اليد عنها الا بالدليل. و بعباره أخرى: لا وجه لحمل المطلق على المقيد، بل يمكن أن نقول بأنه لا وجه للتقييد حتى مع الالتزام بالحمل، اذ المفروض أن لفظ «المتبايعين» قد استعمل فى معناه العام، غايه الامر قد علم من الخارج أن خيار الحيوان مختص بالمالك.

و رابعا: لا احتياج للتمسك بوحده السياق لإثبات نفى الخيار، و بعباره أخرى: لو كان اختصاص دليل بفرد كافيا لنفى الحكم عن بقيه الافراد كان الصحيح أن يتمسك بالروايه التى أخذ فيها عنوان التاجر، و من المعلوم أنه لا يشمل مجرى الصيغه، و هو قوله صلى اللّه عليه و آله: اذ التاجران صدقا و برا- خصال- بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۶).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷

قوله قدس سره: مضافا الى ادله

ساير الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغى من الفقيه ... (۱)

قوله قدس سره: مع أن ملاحظه حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور ... (۲)

فان هذه الروايه وارده فى خصوص خيار المجلس و اخذ الموضوع فيها عنوان التاجر و هو لا يصدق على مجرى الصيغه.

**الامر الثالث من الامور التى استدل بها لنفى الخيار للوكيل فى العقد أن أدله سائر الخيارات لا تشمل للوكيل فى اجراء العقد و لا يرضى الفقيه بالشمول،**

فالمقام كذلک.

و يرد عليه أنه لا بـد أن نبحث فى المـدرک للخيار، بأن نقول المـدرک ان كان نصا من المعصوم فلا بـد من ملاحظته من حيث الشمول و عدمه، و ان كان المدرک قاعده نفى الضرر فعدم الخيار للوكيل فى العقد واضح لعدم الضرر بالنسبه اليه على تقدير عدم الخيار، و الضرر متوجه الى المالک، و الخيار أيضا ثابت له.

و ان كـان المـدرک فيه اشتراط الخيار، فـدائره الخيار من حيث السـعه و الضـيق يـدور مـدار الاشتراط، فان اشترط الخيار بحيث يشمل الوكيل فى العقد أيضا نلتزم به و ان اشترط لنفس المالک فقط فلا خيار للوكيل فى العقد كما هو واضح.

**الامر الرابع من الامور المستدله لنفى الخيار أن حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالک حتى ينظر و يتروى فى المبيع،**

و أما الوكيل فى اجراء العقد فلا يتحقق هذا المعنى بالنسبه اليه، فلا وجه لثبوت الخيار له.

و فيه نقضـا و حلاـ: النقض فبالوكيـل المفوض و لو كـانت حكمه جعـل الخيار تروى المالک حتى لا يتضـرر فلا بـد من الالتزام بعدم الخيار للوكيل المفوض أيضا لعدم وجود الملاک المذكور فيه و الحال انه قدس سره لم يلتزم بذلک.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸

...

و أمـا الحـل فـان خصوصـيات الاحكـام و ملاكاتهـا ليست بأيـدينا حتى نقول ان الملاـک الموجود فى جعـل الخيار غير متحقق بالنسبه الى الوكيل المذكور، و المتبع عندنا هو الدليل، فلا بد أن ينظر الى دلالته من حيث السعه و الضيق.

**(الامر الخامس) ان المستفاد من بعض الروايات المذكوره آنفا عدم الخيار للوكيل المعهود،**

و هو قوله صـلى اللّه عليه و آله «اذ التاجران صـدقا و برا- خصال- بورک لهما فاذا كـذبا و خانا لم يبارک لهما و هما بالخيار ما

لم يفترقا».

بتقريب أنه قد أخذ عنوان التاجر فى هذه الروايه، و هو لا ينطبق على مجرى الصيغه، فلا يكون له خيار بمقتضى الروايه.

و يرد عليه: ان الدليل لا ينحصر بهذه الروايه حتى يقال بعدم شمولها للوكيل فى العقد، ففى بعض الروايات المذكوره آنفا لم يؤخذ عنوان التاجر بل هو مطلق كما عرفت، و لا يمكن الالتزام بأن هذه الروايه مقيده لإطلاق المطلقات المذكوره لما ذكرنا آنفا. نعم لو علم من الخارج وحده المطلوب لا بد من حمل الاطلاق على التقييد، و هذا مطلب آخر.

**(الامر السادس) ان مفاد أدله الخيار لا تشمل الوكيل فى العقد،**

لان الخيار كما عرفت سلطنه ثابته بأدلته للعاقد بعد الفراغ عن سلطنته على التزام الطرف المقابل. و بعباره أخرى: ان المستفاد من أدله الخيار اثبات السلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه بعد الفراغ عن تسلطه على رد ما انتقل اليه بالاقاله، و الوكيل فى العقد بعد المعاوضه أجنبى صرف و ليس له الاقاله حتى يكون له الخيار.

و الجواب عنه: أنه لا وجه لهذا التقييد، و لا دليل عليه.

**(الامر السابع) ان النسبه بين أدله الخيار و أدله سلطنه المالك على ماله عموم من وجه،**



...

و يقع التعارض بينهما فيما اذا فسخ الوكيل و لم يرض المالك به، فيقدم دليل السلطنه عليه لكونه معاضدا بالحكم العقلائى، و على تقدير تكافئهما يتساقطتان و تصل النوبه الى الاصل العملى، و هو استصحاب الملكيه الثابته للمالك.

و فيه: ان هذا استصحاب فى الاحكام الكليه، انا قد حققنا فى الاصول أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه الكليه الالهيه. و ثانيا انه اذا شك فى الخيار و عدمه يتمسك بدليل لزوم العقد فنسبه أدله الخيار الى دليل «أَوْفُوا» نسبه العام الى الخاص، فكلما ثبت الخيار بدليله يؤخذ به و الا يتمسك بعموم أدله اللزوم كلما شك فيه. و بعباره أخرى: المحكم فى المقام الاخذ باطلاق المخصص، فانه لو كانت النسبه عموما من وجه لا يبعد أن نلتزم بضرب الدليل الدال على الخيار على الجدار من باب كونه خلاف الكتاب.

اذا عرفت ما تلوناه عليك فى المقام فاعلم أن خيار المجلس لا- يثبت لمجرى العقد لا بالامور المذكوره، بل لانصرافه الى المالك. وجه الانصراف تناسب الحكم و الموضوع فانه يقتضى ذلك، فان جعل الخيار للتروى و اختيار ما هو أحسن، و من الظاهر أنه ليس للوكيل هذا الشأن. هذا على تقدير

القول بعدم ثبوته للوكيل، و أما لو قلنا بأنه ثابت له فهل يكون له الفسخ حتى مع منع المالك، أفاد الشيخ قدس سره بأنه أضعف، و لا وجه لما أفاده فانه على فرض تحقق هذا الحق له أن يفسخ فلا وجه لسقوطه بمنع المالك فما أفاده الشيخ ليس تاما.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الوكيل مجريا للعقد فقط.

**و أما القسم الثانى فهو أن يكون الوكيل مستقلا فى ايجاد المعامله فقط،**

و هذا القسم أيضا يلحق بسابقه فى عدم الخيار له، لان الخيار كما عرفت منصرف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰

...

الى من بيده الامر، و الوكيل المذكور كالوكيل فى العقد أجنبى بعد تحقق المعامله و ليس بيده أمر حتى يكون له الخيار.

**و أما القسم الثالث فهو أن يكون وكيلا مفوضا اليه أمر المال،**

أفاد شيخنا الاعظم قدس سره أنه ان كان وكيلا فى التصرف المالى كأكثر الوكلاء، فان كان مستقلا فى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها فالظاهر ثبوت الخيار له.

و استشكل عليه المحقق الايروانى قدس سره أن اعتبار عموم الوكاله لا يشمل فسخ المعاوضه فى ثبوت الخيار للوكيل بين عجيب و مستحيل، فانه ان أريد من الوكاله فى الفسخ، الوكاله فى الفسخ من قبل الموكل اعمالا لحقه فهو عجيب، و أى مدخليه لهذا فى ذلك، و ان أريد من الوكاله فى الفسخ الوكاله فى الفسخ بخيار نفسه فهو مع أنه باطل اذ لا معنى للوكاله فيما هو مستقل فيه و أمره لا يرجع الى الموكل، دور مستحيل لتوقف ثبوت الخيار على التوكيل فى الفسخ بالخيار المتوقف ذلك على ثبوت الخيار.

و يمكن دفع الايراد عن المصنف بأن نقول: ان دليل الخيار ناظر الى تخصيص عموم «أَوْفُوا» *، و حيث أن الوكيل المفوض يكون أمر المال بيده يشمله دليل وجوب الوفاء فيثبت الخيار، فلا دور، فان ثبوت الخيار يتوقف على التوكيل التفويضى، لكن الوكاله لا تتوقف على الخيار، فالتوقف من طرف واحد، فمراد المصنف لو وجه بما ذكرنا لا يتوجه عليه ايراد المحقق المذكور.

**و أما القسم الرابع - و هو أن يفوض أمر المبيع الى الوكيل**

بأن شاء باع و ان شاء لم يبع - ذهب الايروانى الى ثبوت الخيار فى المقام، الا أنه لا دليل عليه لعدم كون زمام امر المبيع فى يده بقاء. و الفرق بين هذا القسم و القسم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۱

قوله: و هل یثبت للموکلین فیه اشکال ... (۱)

الثالث ظاهر، اذ قلنا ان الخیار یثبت بحسب الفهم العرفی، و التناسب بین الحکم و الموضوع لمن یکون له الاقاله، و فی القسم

الرابع ليس للوكيل الاقاله فلا خيار له. فافهم و اغتنم.

**الجهه الرابعه فی ثبوت الخيار للموكلين مع حضورهما فی المجلس فهل يثبت لهما مطلقا أو لا يثبت لهما كذلک أو تفصيل فی المقام؟**

**اشاره**

وجوه:

(الوجه الاول)

**الكلام ما اذا كان وكيلهما وكيلا فی اجراء الصيغه فقط، فهل يثبت للموكل الخيار أم لا.**

**ما يمكن أن يقال فی وجه عدم ثبوت الخيار له أمور:**

**الاول – ان المأخوذ فی أدله خيار المجلس عنوان البيعين،**

و ان الظاهر من البيعين فی النص المتعاقدان، فلا يعم الموكل لعدم تصديه للعقد. و الذی يدل علی ذلک ما ذكروا ان الموكل لو حلف علی عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله.

و الجواب عنه: ان البيع يصدق علی من يبدل المبيع بالثمن، و هذا المعنی كما أنه يتحقق بالمباشره كذلک يتحقق بالتسبيب أيضا، و الفعل الصادر من الموكل كالصادر عن الوكيل، و لا نعنی بذلک أن عمل الوكيل قائم بالموكل فانه غير معقول، و اسناد إنشاء الصادر من الوكيل الی الموكل مجازی. بل نقول: انه بمنزله لسان الموكلين و يصدق فی حقهما حقيقه انهما باعا و اشتريا كما لا يصدق ذلک فی حق الوكيلين أيضا.

و لتوضيح الحال نقول: انه لو زوجت امرأه بالوكاله يصح أن تقول «انی زوجتک نفسی لفلان» كما أنه يصح أن يقول وكيله «انی زوجتها لفلان»، و أما قضيه النذر فانه تابع لقصد الحالف من حيث السعه و الضيق، فان قصد من حلفه أنه يبيع بالمباشره فبيع الوكيل يحنث و ان حلف علی أن لا يحقق منه ما يصدق عليه مفهوم البيع فی الخارج فان كان الحلف قبل أخذ الوكيل فالوكاله للبيع

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲

...

موجب للحنث فيما يتصدی الوكيل للبيع، و ان كان أخذ الوكيل قبل حلفه، فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأنه لا يتحقق الحنث لان

فعل الوكيل ليس اختياريا له.

و يرد عليه: ان الحلف و ان لم يتعلق بالعزل لكن حيث أن فعل الوكيل فعله فالنقل يلزمه بالعزل كى لا يتحقق الحنث بفعل وكيله.

**الثانى– ان عنوان البيع و ان صح استناده الى السبب و المباشر الا أنه لا يمكن أن يراد المعنيين منه فى اطلاق واحد**

بل لا بد أن يراد أحدهما لان استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد على تقدير عدم استحالته خلاف الظاهر.

و يرد عليه: ان

عنوان البيع أطلق على نحو القضيه الحقيقيه، فكل من صدق عليه هذا العنوان يصدق عليه الخيار سواء كان وكيلا أو موكلا. و بعباره أخرى: اللفظ استعمل فى الجامع فلا موضوع لهذا الاشكال.

**الثالث– ان الالتزام بثبوت الخيار للموكل يستلزم أن يكون الخيار للمتعدد و هو لا يجوز،**

فكما أن العين الخارجى لا تكون قابله للمتعدد كذلك الخيار فانه حق واحد لا يمكن ثبوته لا زيد من واحد.

و يرد عليه: ان وحده الخيار وحده نوعيه لا شخصيه، فلا مجال لهذا الاشكال، فعلى القول بثبوته للمتعدد نلتزم بتعدده، هذا أولا و ثانيا ان الكلام فى القسم الاول و هو الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه، و من الظاهر أنه لا خيار له فلا يكون ذو الخيار متعددا.

مضافا الى أنه لو كان هذا الاشكال تاما يلزم عدم ثبوت الخيار للمتعاقدين، اذ يلزم تعدد ذى الخيار، و هو كما ترى، فما يجاب به هناك نجيب به هنا أيضا فلا تغفل.

هذا تمام الكلام فى ثبوت الخيار للموكل فيما اذا كان الوكيل مجريا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳

...

للصيغه فقط، و من ضوء هذا البيان اتضح لک حکم باقى الاقسام المذكوره.

ملخصه ان الموانع المتصوره لثبوت الخيار للموكل لا ترجع الى محصل فالخيار له فيما يكونان حاضرين فى مجلس العقد ثابت لتحقق الموضوع كما ذكره.

**ثم ان الشيخ قدس سره ذكر وجهين لثبوت الخيار للموكل:**

**أحدهما أن الخيار للإرفاق فيقتضى ثبوته له.**

و فيه ان الخيار لو ثبت فى مورد يكون للإرفاق لا أن الارفاق فى كل مورد تحقق يتحقق الخيار.

**ثانيهما ان ثبوت الخيار للوكيل يستلزم ثبوته للموكل.**

و فيه ان ثبوت الخيار للوكيل ليس بملاک الوكاله حتى تم هذا البيان بل لصدق الموضوع فلا بد من ملاحظه هذه الجهه.

**(فروع)**

**(الفرع الاول) انه هل يشترط حضور الموكل الثابت له الخيار فى المجلس أم لا؟ فيه أقوال:**

**(الاول) ما يستفاد من كلام الشيخ بأن الحضور فى المجلس شرط لثبوت الخيار.**

و يرد عليه: ان الموضوع لخيار المجلس عنوان البيع، فكلما يصدق هذا الموضوع يترتب عليه حكمه سواء كان ذو الخيار حاضرا فى مجلس العقد أم لا.

و أفاد سيدنا الاستاذ أن مجرد الحضور فى المجلس لا يفيد فى المقام، فلو حضر المالكان فى مجلس العقد لغرض آخر و كانا غافلين من كون المجلس مجلس العقد لا يثبت لهما الخيار، لأنه يشترط فى ثبوت الخيار اجتماعهما فى المجلس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴

...

بعنوان المعامله، و يستفاد هذا المعنى من قوله عليه السلام «فاذا افترقا وجب البيع» حيث يستفاد منه أن الافتراق بعنوان الرضا، و لا يتم هذا الا بما ذكرنا.

و يمكن الجواب عنه نقضا و حلا: أما النقض بما لو حضر المجلس بقصد المعامله عالما بأنه مجلس عقد و لكنه جاهل بوجود خيار المجلس فى الشريعه المقدسه. و حلا بأن الاجتماع المعاملى لم يقم دليل على اشتراطه، بل الموضوع فى الخيار كما علمت آنفا صدق عنوان البيع، و هو صادق سواء كان عالما أم لا.

و الذى يدل على ما ذكرنا أن مقتضى ما أفاده أنه لو افترقا مع الغفله يلزم بقاء الخيار حتى بعد الافتراق، و هو كما ترى.

**(الثانى) ما ذهب اليه الميرزا قدس سره،**

و هو التفصيل بين كون وكاله الوكيل بنحو التفويض و بين غيره، فانه على الاول لا- يشترط، اذ اجتماع الوكيلين اجتماع للمالكين، و أما فى غير هذه الصوره فيشترط اجتماع المالكين اذ الموضوع عباره عن الاجتماع.

و فيه: ان الاجتماع كبقيه الافعال لا يمكن أن يستند الى غير من قام به الفعل فلا مجال لهذا التفصيل.

**(الثالث) ان الخيار ثابت للمالكين،**

و غايته افتراق الوكيلين، و استدل عليه بأن الخيار من آثار الملكيه، و حيث ان العين ملك لمالكه فالخيار ثابت له غايه الامر بقاؤه ببقاء مجلس العقد.

و يرد عليه: ان الموضوع للخيار عنوان البيع و لا ـ خصوصيه للملك، مضافا الى أنه على ما ذكر، فلا وجه لثبوت الخيار للوكيل لعدم كونه مالكا.

و أفاد المحقق الايروانى قدس سره بأن الميزان فى بقاء الخيار بقاء الحاله التى تكون حاصله حين العقد، فبقاء الخيار ببقاء تلك الحاله. و الحاصل ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۵

قوله: فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد أو بانفساخه.. (۱)

المالكين يحصل لهما الخيار و ينتهى بانتهاء الحاله الموجوده لهما حين العقد.

و يرد عليه: ان المستفاد من دليل الخيار لزوم الاجتماع كى يصدق الافتراق و مع عدم اجتماعهما لا وجه لتحقق الخيار.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم ان الحق أن يقال: ان تحقق الخيار للمالكين منوط بتحقق اجتماعهما حين العقد، أعم من أن يكون فى مجلس العقد أم لا، و أعم من أن يكون بعنوان المعامله أم لا مع العلم أو الغفله، كل ذلك للإطلاق.

**الفرع الثانى انه وقع البحث فيما اذا تحقق الخيار فى عقد واحد لأشخاص كثيره،**

**اشاره**

كما لو وكل المتبايعان عشره على أن يكون كل منهم متمكنا من الاستقلال فى المعامله، فلو أقدما جميعا على الاجازه أو الفسخ فلا كلام فيه، و أما لو وقع التعارض بين الفسخ و الاجازه فهل يقدم المتقدم منهما أم لا؟ أفاد الشيخ ان كل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين، و ليس المقام من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز

حتى يقال ان الفاسخ مقدم على المجيز.

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن ما ذهب اليه الشيخ متين،

**و تقريب كلامه يحتاج الى مقدمات ثلاث:**

**الاولى – ان حق الفسخ يكون للوكيل الخاص،**

و هو الوكيل المفوض الذى هو مستقل فى أمر المعامله، و ليس له الخيار بعنوان الوكاله بل له استقلال فى ذلك، فان كان خياره بعنوان الوكاله فلا بد أن يكون ذلك لمطلق الوكيل فلا يختص بالوكيل المفوض، و يلزم من ذلك الالتزام بثبوت الخيار فى الموكل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶

...

و ان لم يكن حاضرا فى المجلس و يلزم ثبوت الخيار للوكيل المفوض، و ان لم يجر العقد بيده بل كان مجرى العقد غيره من الوكلاء، و من الظاهر أنه لا نلتزم بهذه التوالى.

**الثانيه – ان أدله الخيارات مخصصه لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،**

فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار، و هو ليس الا من كان مسلطا على ما انتقل اليه، فهو الوكيل المفوض حتى بعد العقد، و لو لم يفوض أمر المعامله اليه بعد العقد لم يكن أمر المبيع بيده بقاء لا يثبت له الخيار.

**الثالثه – ان الوكيل بدل تنزيلى للموكل،**

و الفعل الصادر من الوكيل كالفعل الصادر من الموكل.

اذا عرفت هذه المقدمات الثلاث فنقول: ان الموكل ان اجاز قبل فسخ الوكيل لم يبق مجال لفسخ الوكيل لعدم بقاء موضوع للوكاله، و يكون المقام من قبيل ما لو و كل شخصا فى بيع داره ثم باعها لا يبقى موضوع للوكاله، فكذلك فى المقام، كما أنه لو أجاز الوكيل قبل فسخ الموكل لا يبقى مجال لفسخ الموكل لان عمل الوكيل كعمل الموكل، و لو كان الموكل أجاز قبل فسخه لم يكن فسخه مؤثرا، و كذلك فى المقام. نعم لو وقع الفسخ قبل الاجازه يتقدم عليها، و لو وقعا معا فى زمان واحد لا تكونان مؤثرين بل يتساقطان بالتعارض.

أقول: ان قوله دام ظله «ان الخيار ليس بالوكاله بل يكون على نحو الاستقلال» متين جدا، و كذا قوله «ان الخيار يكون فيمن يصح أن يكون مخاطبا بخطاب أوفوا». و أما قوله «ان عمل الوكيل عمل للموكل فانه بدل تنزيلى له» فلا نسلم، لان الوكيل يصدق عليه عنوان البيع بالاستقلال، و كذا فى قوله «مع اجازه الموكل لا يبقى موضوع لفسخ الوكيل» كلام، فانه صحيح على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.. (۱)

تقدير القول بتعلق الخيار على العين الخارجيه و هو خلاف التحقيق، و أما على القول بتعلق الخيار

بالعقد كما هو الصحيح عندنا فان موضوع الخيار باق فيكون خياره باقيا بالاستقلال.

و من هنا ظهر أن قياس المقام ببيع الدار بعد التوكيل فى بيعه قياس مع الفارق، لعدم بقاء موضوع هناك، بخلاف المقام فان الموضوع باق بعد اجازه الموكل فيكون الفسخ مقدما عليه، و كون عمل الوكيل عملا للموكل صحيح فى البيع المذكور. و أما فى الخيار فليس كذلك، فان الاجازه و الفسخ صدرا من شخصين مستقلين، و لذا يتعارضان و يتساقطان لو وقعا معا فى آن واحد كما لا يخفى.

و أفاد المحقق الايروانى قدس سره بأن عنوان البيعين موضوع لخيار المجلس و هو قائم بطبيعه البائع و المشترى، فاذا سبق واحد من أفراد الطبيعه الى الاعمال فسخا أو امضاء سقط خيار البقيه لصدق أن الطبيعه سقطت بفسخ واحد منهما.

و فيه: ان ما ذكره متين لو كان جعل الخيار على نحو قضيه طبيعيه، أى يكون لصرف الوجود، و لكنه ليس كذلك، بل انها قضيه حقيقيه بنحو مطلق الوجود بمعنى أن الخيار الثابت ليس خيارا قائما بطبيعه البائع و المشترى بل انه خيارات متعدده قائمه على أشخاص متعدده، فكل من يوجد فى الخارج و يكون معنونا بعنوان البيع يثبت له الخيار. فتلخص مما تقدم أن الفسخ مقدم على الاجازه و الوجه فيه واضح لمن يتأمل فيما ذكرنا.

**الفرع الثالث بعد الفراغ عن ثبوت الخيار فى كل من الطرفين للوكيل و موكله كليهما**

كما هو مختار الشيخ قدس سره يقع الكلام فى أن الموجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸

قوله: ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الامر الى الوكيل.. (۱).

لسقوط حق الخيار هل تفرق الموكلين عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الكل فيكفى بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد؟

وجوه. و اختار المصنف الوجه الاخير من الوجوه المذكوره.

و ربما يرد عليه بأن تفرق أحد الشخصين يكفى فى سقوط الخيار سواء كان أصيلا أو وكيلا، لان القضيه تكون على نحو القضيه الطبيعيه، بمعنى أن الحكم معلق على التفرق، و هو يحصل بتفرق البعض.

و فيه: ان الخيار معلق على عدم التفرق، فان الخبر جعل غايه الخيار عدم التصرف و بقاء المجلس. و بعباره أخرى: كما يصدق بذلك عنوان الافتراق كذلك يصدق عنوان عدم الافتراق. و ان شئت قلت: ان الظاهر من الدليل أن القضيه قضيه حقيقيه، و حيث أن المفروض أن الخيار ثابت للوكيلين و الموكلين فكل بايع مشتريان و لكل مشتر بائعان، فلو جمع الكل مجلس يثبت الخيار لكل واحد منهم فما دام يكون عنوان الاجتماع باقيا و لو ببقاء أحد المالكين مع أحد الوكيلين يكون الخيار باقيا، فما أفاده قدس سره هو الصحيح.

**الفرع الرابع ان الموكل اذا ثبت له حق الخيار هل يجوز له أن ينقل هذا الحق الى الوكيل**

بأن يفوض أمره اليه بحيث يصير الوكيل ذا حق خيارى و سلطانا على العقد؟ قال الشيخ الاقوى العدم، بتقريب أن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار على القول به للعاقد ثبوته عند العقد لا لحوقه بعده. نعم يمكن توكيله.

أقول: لا كلام فى جواز التوكيل، فانه جاز حتى بالنسبه الى الاجنبى، بل الكلام فى تفويض الخيار اليه بحيث يكون صاحب الاختيار فى أمر الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹

قوله: و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين.. (۱)

و الحق هو الجواز لا بدليل الخيار كى يقال بأنه لا يشمله الدليل بل بنقل المالك حقه اليه، فانه بعد ما ثبت أن الخيار من الحقوق و قابل للإسقاط ثبت جواز نقله فانه يجوز نقله بنحو الشرط الضمنى، و يمكن التمسك أيضا بعموم وجوب الوفاء

بالعقد.

فانا و لو قلنا سابقا بأن دليل وجوب الوفاء لا يمكن أن يكون دليلا للإمضاء لكن عـدلنا عن هذا المبنى و نقول، بأن دليل وجوب الوفاء لا شبهه فى كونه ناظرا الى العقود الواقعه فى الخارج، و من الحكم بوجوب الوفاء يستفاد الصحه كما هو ظاهر.

لاـ يقال: لو سلمنا جواز نقل الموكل الخيار الى الوكيل فلنا أن نسأل عن أمد سقوطه و مسقطه، فان قلت لا مسقط له فى هذه الصوره فهذا خلاف ما يستفاد من دليل الخيار بأنه يسقط بالافتراق من مجلسه، و ان قلت ان المعيار فى سقوطه افتراق الوكيلين فهذا أيضا خلاف التحقيق، لان الوكيلين لم يكن لهما الخيار و لا يصدق عنوان البيع عليهما كى يسقط بتفرقهما، و ان قلت افتراق المالكين مسقط للخيار فهو أيضا مخدوش لان المفروض ان المالكين نقلا حقهما الى الوكيلين و لا يكون لهما الخيار حتى يكون افتراقهما دخيلا فى سقوط الخيار.

لأنا نقول: ان المعيار فى سقوط الخيار افتراق المالكين، و أما قولكم «ان افتراق المالكين ليس مسقطا لعدم بقاء الخيار لهما» فممنوع لعدم لزوم بقاء الخيار فى تأثير الافتراق فى سقوط الخيار بل حدوثه كاف لذلك.

**الفرع الخامس انه يقع البحث فى ثبوت هذا الخيار للفضولى،**

أفاد المصنف قدس سره بأنه لا يثبت للفضوليين لا لعدم صدق المتبايعين، فانه يصدق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰

قوله: نعم فى ثبوته للمالكين بعد الاجازه مع حضورهما فى مجلس العقد وجه.. (۱)

عنوان البيع عليهما، لان البيع عباره عن النقل العرفى و هو موجود هنا.

نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك بالبيع، و هذا المعنى منتف فى الفضولى قبل الاجازه، الا أن هذا أيضا لا يمنع ثبوت الخيار للفضوليين، و الا كان مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و

السلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار، فلا بد من رفع اليد عن هذا الظاهر، بل الوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين.

و يرد عليه: ان الاستدلال بدليل الفحوى يكون فيما اذا ثبت الحكم فى الاصل، و حيث ان عدم الخيار هناك لعدم صدق العنوان بخلاف المقام كما هو المفروض، الحق فى المقال أن يقال: انه لا يثبت الخيار للفضولى بلا فرق بين القول بالكشف و النقل، و الوجه فيه كما تقدم ان دليل الخيار يشمل ما كان مخاطبا لخطاب «أَوْفُوا»، و هذا مخصص لدليل وجوب الوفاء، و بما ان الفضولى أجنبى فلا يشمله خطاب وجوب الوفاء فلا يكون له الخيار لعدم أمر المبيع بيده.

### [فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه]

#### اشاره

أقول: وقع الكلام بين الاعلام فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه،

#### و فى المقام أقوال:

#### (الأول) ما أفاده المحقق النائينى قدس سره

بأنه لا يبعد ثبوته لهما اذا كانا حاضرين فى مجلس العقد لاحتمال اشتراط الخيار بالحضور فى هذا المجلس، فانه بالاجازه ينتسب العقد اليهما، و المفروض حضورهما فى المجلس، فيصدق عليهما البيعان غير المفترقين.

و يرد عليه: ان الاحتمال المنافى للإطلاق لا يعتد به، فلو صدق الموضوع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۱

...

يؤخذ باطلاق الدليل و لا وجه لهذا الاشتراط.

#### (الثانى) ما أفاده المحقق الكمپانى قدس سره

بأن موضوع الخيار هو البيع و هذا العنوان لا يصدق الاعلى من قام به البيع قياما صدوريا اما بالمباشره أو بالتسبيب و لو بالتوكيل، و أما مجرد الاجازه و اظهار الرضا بالبيع الصادر من الفضولى فلا يحقق القيام بأحد الوجهين:

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله بأن البيع أمر إنشائى يحتاج الى أمرين: الاول اعتبار معناه فى النفس، الثانى ابرازه بمبرز

خارجی. و هذا المعنی محقق فی المقام، فبالاجازه یبرز ما اعتبر فی النفس و ینتسب البیع الی المجیز، و یصدق البائع علیه.

و یرد علیه أیضا مضافا الی ما أفاده سیدنا الاستاذ أن القائل بعدم ثبوت الخیار لا بد أن یلتزم بعدم صحه الفضولی أیضا، فان المجیز لم یصدر منه البیع حتی یصدق علیه البائع.

و بعباره واضحه: ان الجمع بین صحه الفضولی و عدم الخیار غیر سدید، فانه اما یصدق علیه البائع و اما لا یصدق، فعلی الاول یثبت له الخیار أیضا، و علی الثانی لا یکون الفضولی صحیحا أیضا، فالتفکیک بین المقامین لا وجه له. نعم قد تقدم منافی بحث الفضولی الاشکال فی صحته، لکن المحقق الاصبهانی قائل بالصحه.

### الثالث- ما ذهب الیه الشیخ

بأن الخیار ثابت للمالکین مع حضور هما فی مجلس الاجازه علی القول بالنقل.

و یرد علیه: أنه لا وجه لهذا التفصیل، فان المیزان صدق الموضوع، فلا بد من ملاحظه أنه متی یتحقق فیحکم فیه بثبوت الحکم.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أن الحق فی المقام هو القول الرابع، بأن نقول:

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۲

...

المعیار و المیزان مجلس الاجازه مطلقا بلا فرق بین الکشف و النقل، لأنه بالاجازه ینتسب العقد الی المجیز و یصدق علیه البیع، فالمیزان بمجلس الاجازه.

و لتوضیح الحال نشیر الی جمله من الاقسام

المتصوره فى المقام فنقول:

يمكن أن يتصور فى المقام صور عديده: فتاره يكون الطرفان فضوليين، فيجيز المالكان فى مجلس العقد، لا شبهه فى صحه هذه الصوره على القول بصحه الفضولى. و أخرى لا يكون المالكان فى مجلس العقد او كانا و لكن لم يجيزا فيه بل أجازا فى خارج مجلس العقد، فيثبت الخيار لهما بلا فرق بين القول بالنقل و الكشف. و ثالثه يكون الانشاء أصاله من طرف و اجازه من طرف آخر فى مجلس واحد، فلو أجاز المالك فلهما الخيار ما دام المجلس باقيا، و لو لم يكن المالك فى المجلس أو كان و لم يجز فى المجلس بل أجاز فى خارجه هل يثبت الخيار أم لا؟

أفاد الاستاذ فى الدوره السابقه بأنه لا يتحقق الخيار بهذه الاجازه، لان بيع الفضولى يكون من حين الاجازه و بيع الاصيل كان فى مجلس العقد.

الا أنه دام ظله رجع عن هذا فى الدوره الاخيره و التزم بثبوت الخيار لعدم ترتب أثر على البيع قبل الاجازه، فانه و ان كان أصيلا لكن المفروض أنه فضولى من الطرف الاخر، فالبيع صحيح حين الاجازه.

هذا ما أفاده دام ظله، و الحق انه يشكل الالتزام به، اذ الظاهر من الدليل أن الخيار يتحقق حين صدور البيع و صدور البيع من الاصيل حين العقد لا حين الاجازه. و مما ذكرنا يظهر أن المجيز لو أخر الاجازه عن مجلس العقد فان فى تأثيرها تأملا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۳

قوله: نعم يحتمل فى أصل المسأله. (۱)

قوله: و لا فرق فى الفضوليين بين الغاصب و غيره (۲).

قوله: فلو تبايع غاصبان ثم تفاسخا (۳).

أقول: حاصل ما أفاده قدس سره أنه يمكن أن تكون الاجازه من المجيز التزاما بالعقد،

فلا خيار بعدها خصوصا اذا كانت بلفظ التزمت.

و يرد عليه: ان الاجازه بأى لفظ كانت و لو بلفظ «التزمت» تدل على الرضا بأصل العقد، و أما اسقاط الخيار فلا يستفاد منها، ضروره انها قائمه مقام إنشاء العقد، و لا تزيد عن ايقاع العقد بالمباشره و لا يتجاوز مؤدى الاجازه عن مؤدى إنشاء العقد. نعم اذا قامت القرينه على اراده الاسقاط منها او كانت الاجازه من الالفاظ الداله على ذلك- كما اذا كانت الاجازه بلفظ «اسقطت خيارى» - فلا خيار بعدها، و لعله أشار الى هذا المعنى بقوله: فتأمل.

أقول: لا فرق فى الفضوليين بين أن يكونا غاصبين أو مشتبهين، فانه لا مدخليه للغصب و عدمه فيما هو المهم فى المقام، فان الوجه فى عدم الخيار فساد البيع، و هذا قدر مشترك بين مورد الغصب و عدمه.

أقول: حاصل ما أفاده انه لو وقع التفاسخ بعد العقد من الفضوليين لا يقدح فى صحه الاجازه، اذ المفروض أنهما ليس لهما الخيار فتفاسخهما لا أثر له، بخلاف ما رجع الموجب عن ايجابه قبل حصول القبول فانه مانع عن تحقق العقد فليس قابلا للإجازه.

و يرد عليه: انه لو وقع التفاسخ يكون معناه انهدام الالتزام و التعهد و مع انهدامه لا يبقى موضوع للإجازه، كما هو كذلك فى رجوع الموجب عن ايجابه قبل القبول.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۴

**[مسأله لو كان العاقد واحدا يثبت له الخيار أم لا]**

## اشاره

قوله: مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره (۱).

أقول: يعنى اذا اشترى لنفسه عن غيره او اشترى لغيره عن نفسه أو عن غيره، و أما شراؤه لنفسه عن نفسه فغير معقول، و لا يوجد فى الخارج اتحاد من يباع له و من يشترى له سواء كان ذلك

الواحد هو نفس العاقد أم لا.

و الحاصل ان صور المسأله- أعنى اتحاد العاقـد- أربعه الا أنه واحد منها و هو القسم الاخير لا تحقق له فى الخارج. و كيف كان لو كان العاقد واحد أو هو يباشر طرفى العقد بنفسه على التفصيل المذكور هل يثبت له الخيار أو لا؟ قولان.

**ما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم الخيار أمور:**

**الاول- ان الموضوع فى دليل خيار المجلس عنوان التثنيه،**

و هو ظاهر فى صوره تعـدد البـائع و المشترى، و لو كـان العاقـد واحـدا كمـا فى المقام لم يصـدق عليه عنوان البيعين بل انه بيع واحد، فالخيار يكون لكل من البائع و المشترى بانفراده، فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد.

و الجواب عنه: ان الموضوع فى الدليل هو عنوان المثنى الا أنه كلما صدق عنوان البائع و المشترى يصدق عنوان البيعين، و هذان العنوانان- أعنى البائع و المشترى- قد يصدق فى ضمن الواحد و قد يصدق فى ضمن المتعدد، فيكون البيعان أيضا كذلك، فان عنوان البيعين مأخوذ على نحو القضيه الحقيقيه، فكلما يصدق يثبت له الخيار بلا فرق بين الواحد و المتعدد.

و ان شـئت فقل: ان موضوع الحكم كل واحد واحد على سبيل الاستغراق، و التثنيه مجرد الجمع فى التعبير، و يكون المقصود أن الخيـار ثابت للبائع و المشترى و لا موضوع للتثنيه كما هو ظاهر. و ملخص الكلام ان المسـتفاد من الـدليل أن الحكم مترتب على العنوان بنحو القضيه الحقيقيه، فكلما صدق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۵

...

عنوان الموضوع ترتب عليه الحكم.

**الثانى- ان التقابل بين الافتراق و الاجتماع من باب الملكه و عدمها،**

و حيث ان جمله «حتى يفترقـا» أخـذت غـايه فى لسـان الـدليل لاـ بـد من فرض الاجتمـاع و المفروض ان موضوع الاجتمـاع غير متحقق فلاـ يتحقق الخيـار، فمقتضـى ذلـك اختصـاص الاخبـار الـداله على الخيـار بصوره تعـدد البـائع و المشـترى كى يصـدق الاجتماع.

و يرد عليه: أن الميزان الكلى انه لو اسـتفيد من الدليل كون شـى ء مانعا نلتزم بعدم ترتب الحكم عند وجود ذلك المانع. مثلا لو قـال المولى «اكرم العلمـاء الاـ الفسـاق» نلتزم بحرمه اكرام الفـاسق و لا نلتزم باشتراط الموضوع بالعـداله. و بعباره أخرى: لا دليل

على تقييد الموضوع بعدم ذلك المانع بل

انما نلتزم بعدم ثبوت الحكم عند وجود المانع، و فى المقام يكون الافتراق مانعا عن الخيار و نلتزم به، و لا وجه للالتزام بتقييد الموضوع بعنوان ضد ذلك المانع اى عنوان الاجتماع كى يقال: حيث انه ليس فليس.

**الثالث- ان كلمه «حتى» فى قوله «حتى يفترقا» تكون غايه فيما كان الافتراق ممكنا،**

و أما فيما كان العاقد واحدا فلم يمكن الافتراق كى تكون غايه.

و بعباره أخرى: ان كلمه حتى فيما دخلت على المستحيل ليست غايه للحكم بل تدل على الاستمرار، كقوله تعالى «حَتّٰى يَلِجَ الْجَمَلُ»، و حيث أن الافتراق غير ممكن فيما كان العاقد واحدا فتدل حتى على استمرار الخيار. و هو واضح البطلان، لان خيار المجلس له أمد خاص. فيتضح من هنا ان قوله «حتى يفترقا» لا ينظر الى مثل المقام بل ناظر فيما يكون الافتراق ممكنا.

و الجواب عنه: ان ما أفيد فى المقام كان متينا لو كانت القضايا المتكفله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۶

قوله: ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاؤه الى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق (۱).

لبيان الاحكام على نحو القضايا الخارجيه، الا أنها ليست كذلك، بل تكون على نحو القضايا الحقيقيه، و عندئذ يكون لقوله «حتى يفترقا» فردان قابل للافتراق و غير قابل، و مثل ذلك لا يضر بالقضيه الحقيقيه كما هو واضح عند أهله.

**الرابع- ان ثبوت الخيار للشخص الواحد يتوقف على أن يكون قوله «البيعان بالخيار» كلاما مستقلا،**

و حيث انه ليس كذلك بل ذيل بقوله «حتى يفترقا» يفهم من الدليل أن الموضوع مقيد بقيد الاجتماع. و بعباره أخرى: لا بد من امكان الافتراق، فكل مورد لا يمكن الافتراق لا يتحقق الخيار كما فى المقام و كما فيما يكون احدهما وكيلا مفوضا و لم يكن المالك حاضرا فى المجلس لا يتحقق الخيار لعدم امكان التفرق.

و يرد عليه: أولا- النقض بما لو كانا متعددين لكن لا- يمكن افتراقهما كما لو ألصق أحدهما بالاخر فهل يمكن الالتزام بعدم الخيار، و ثانيا نجيب بالحل و هو أن مبدأ سقوط الخيار تحقق الافتراق فكل مورد لا يمكن تحقق هذا العنوان نلتزم ببقاء الخيار، فالموضوع للخيار يتحقق على الفرض. و

أما فی مسأله الوکیل المفوض فالافتراق تحصل بالموت کما هو ظاهر.

فانقدح بما ذکرنا ان الحق هو ثبوت الخیار، لکن مع ذلک کله فی النفس شی ء و لا ینبغی أن یترک الاحتیاط الذی یکون طریقا للنجاه.

أقول: یقع الکلام بعد ثبوت المجلس فی أمده و بقائه: هل هو باق الی الابد، أو باق الی أن یسقط بأحد المسقطات، أو بطول المجلس بالمقدار المتعارف، أو بمقدار أطول المجالس؟ وجوه.

أفاد السید الیزدی قدس سره یمکن أن یقال: انه یبقی الی مقدار طول



قوله: مسأله لا یثبت خیار المجلس فی شی ء من العقود سوی البیع عند علمائنا (۱).

مجلس نوع المتعاقدین، بمعنی مقدار أطول المجالس أو اوسطها.

و فیه نقضا و حلا: أما النقض فیما لو کان المتعاقدان شخصین و لکنهما لم یفترقا لشده حب بینهما فلا بد أن یلتزم السید بسقوطه بانقضاء أطول المجالس او اوسطها و هو کما تری. و اما الحل فبان دلیل الخیار لم یحدد لنا حدا و ما ذکره السید لا دلیل علیه.

و الحق کما أفاده الشیخ أن الخیار باق الی أن یسقط بأحد المسقطات غیر التفرق، فانه غیر ممکن فی المقام علی الفرض.

**[مسأله هل یختص خیار المجلس بالبیع أو یعم جمیع العقود]**

أقول: یقع البحث فی مقامین: الاول ان خیار المجلس هل یختص بعقد البیع أو یعم لجمیع العقود اللازمه، الثانی انه هل یجری خیار المجلس فی العقود الجائزه أم لا؟

(اما المقام الاول) فنقول: انه لا یثبت خیار المجلس فی غیر البیع من العقود اللازمه کالصلح و الاجاره و الرهن و القرض لاختصاص أدلته بالبیع کقوله «البیعان بالخیار»، فان موضوعه عنوان البیع و لا یجری فی غیره لعدم العلم بالملاک. نعم ربما نلتزم بحرمه الغرر و لو فی غیر البیع

بدعوى معلوميه الملاک، و أيضا نلتزم بثبوت خيار العيب للشرط الضمنى السارى فى جميع الموارد.

نعم بعض خصوصياته كالأرش مثلا مختص بالبيع لاختصاص دليله به.

(و أما المقام الثانى) و هو ثبوت خيار المجلس فى العقود الجائزه فنقول:

الظاهر أنه لا يثبت هذا الخيار فى شى ء من العقود الجائزه، فانه مضافا بما تقدم فى المقام الاول نقول: ان مورد أدله الخيار العقد الـذى يشـمله دليل اللزوم، فان دليل الخيار مخصـص لدليل وجوب الوفاء، فالعقد الذى لا يكون مشـمولا لدليل وجوب الوفاء لم يكن وجه للخيار. و حيث ان العقود الجائزه غير مشموله لدليل «أَوْفُوا» فلا يثبت فيها الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۸

...

و بعباره أخرى: الخيار فرع اللزوم، و مع فرض الجواز تحصيل للحاصل.

قـال الشـيخ فى المبسوط: و أمـا الوكـاله و الوديعه و العـاريه و القراض و الجعـاله فلاـ يمنع من دخول الخيـارين فيها مانع، و أفاد المصنف بأن مراده منهما خيارى الشرط و المجلس، و صرح ابن ادريس فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود لأنها جائزه فيجوز الفسخ فى كل وقت، و قال: و هذا محتمل كلام الشيخ.

و يرد عليه: أنه لا خصوصيه لهذين الخيارين، فلا وجه لحمل كلام الطوسى على ما ذكره.

و احتمـل المصـنف احتمالا آخر، و هو أن يكون مراده دخول الخيارين فى هـذه العقود اذا وقعت فى ضـمن عقـد البيع فتنفسـخ بفسخه.

و أورد عليه السـيد اليزدى قدس سـره بأنه على هذا أيضا يكون الخيار فى البيع لا فى الوكاله التى وقعت فى ضمن البيع مثلا، فما ذكر المصـنف أيضا لا يصـحح كلام الطوسـى، و قال الاولى أن يقال: بناء على اراده هذا المعنى أنه يدخل الخيار فيها اذا وقعت فى ضمن العقد

بعنوان شرط النتيجه، فان مقتضى القاعده لزومها حينئذ لو لا دخول الخيار فيها، فيمكن أن يقال بجريان الخيار بأن يفسخ الوكاله المشروطه فى البيع مع عدم فسخ اصل البيع. لكن هذا صحيح بالنسبه الى خيار الشرط لعموم أدلته، و أما بالنسبه الى خيار المجلس فلا لاختصاص دليله بالبيع.

أقول: أن ما أفاده المصنف قدس سره فى توجيه كلام الطوسى فيرد عليه:

انه لو وقعت الوكاله فى ضمن عقد البيع و لم يشترط فيه الخيار لا وجه لانفساخها حتى بعد فسخ البيع، اذ مقتضى نفوذ الشرط بقاؤه و لو بعد انعدام العقد بالفسخ.

---

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه‍ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۵۸

و بعباره أخرى: الشرط تابع للعقد حدوثا لا بقاء.

و ان شئت قلت: ان دليل لزوم الوكاله ليس منحصرا بدليل «أَوْفُوا» حتى تنفسخ بانفساخ أصل العقد لقانون تبعيه الفرع للأصل، فان قوله «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۹

قوله: و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض (۱).

عند شروطهم» يدل على لزومها، سواء كانت مشروطه على نحو شرط الفعل أو النتيجه. و الحاصل ان الوكاله المشروطه فى ضمن العقد اللازم لازمه. نعم لو كانت لازمه بلزوم العقد من باب وجوب الوفاء تنفسخ بانفساخ العقد، و أما ان كان من باب لزوم الشرط فلا. و لعل هذا التحقيق لم يسبقنى اليه سابق من الاعلام، و على اللّه التكلان.

**[خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم]**

### اشاره

يقع الكلام فى أن خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم، و لا بد أن يبحث فى مقامين: الاول فى وجوب التقابض وجوبا تكليفيا

کی يترتب على ثبوت الخيار ارتفاع الوجوب بالفسخ الثانى على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر و على فرض وجود الاثر هل يساعده الدليل أم لا؟.

**(أما المقام الاول) فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه الوجوب أمور:**

**الامر الاول – الروايات الداله على وجوب التقابض،**

كقوله عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم: اذا اشتريت ذهبا بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و ان نزى حائطا فانز معه «۱».

و الجواب عنه: ان المستفاد من هذا القبيل من الروايات الوارده فى باب المعاملات كونها ارشادا الى الشرطيه، و حملها على الحكم التكليفى خلاف المتفاهم العرفى منها، كما هو كذلك فيما روى عنه عليه السلام «نهى النّبىّ عن بيع الغرر» «۲» فان البيع الغررى ليس من المحرمات الشرعيه، فان النهى عنه

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۲) من أبواب الصرف، الحديث (۸).

(۲) المستدرک الباب (۳۱) من ابواب آداب التجاره، الحديث (۱).



...

ارشاد الى فساده.

**(الامر الثانى) ما أفاده العلامه فى التذكره من أنه لو لم يتقابضا يكون ربويا فيكون حراما.**

و يرد عليه: أولا ان لزوم الربا يكون فيما اذا سلم أحدهما دون الاخر، و اما مع عدم التقابض من الطرفين فلا وجه لتوهم الربا.

و ثانيا- انه على تقدير كونه ربويا تكون المعامله باطله، و هذا كما ترى أجنبى عن محل الكلام فان النزاع يكون فى وجوب الاقباض و عدمه و أما لزوم الربا فلا يترتب عليه الا الفساد.

و ثالثا- ان لزوم الربا يكون فيما اذا اشترط التأجيل، و أما اذا كانت المعامله نقديه و لم يسلم أحدهما العوض خارجا فانه لا رباء فيه.

و رابعا- ان الربا على تقدير لزومه انما يلزم فى الصرف، و اما السلم فهو سالم عنه فيكون الدليل أخص من المدعى.

**(الامر الثالث) ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين فيجب الوفاء به.**

و فيه: أولا ان الليل أخص من المدعى، فان القبض من أحدهما يجب اذا أقبضه الاخر، فلا مقتضى لوجوب الاقباض ابتداء.

و ثانيا- ان وجوب الوفاء بالشرط و وجوب القبض و الاقباض متوقف على صحه العقد و صحه العقد متوقفه على وجوب القبض و الاقباض، و هو دور باطل.

اللهم الا- أن يقال: ان دليل وجوب الوفاء لو كان عموم وجوب الوفاء بالعقد لكان هذا الاشكال فى محله، اذ لا يتعلق وجوب الوفاء الا فيما يكون العقد صحيحا فيصح أن يقال: ان صحه الشرط تتوقف على وجوب الوفاء و وجوبه يتوقف على تحقق الشرط فيدور، و اما لو قلنا بأن المدرك عموم قوله عليه السلام «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۱

...

عند شروطهم» فلا يتوجه هذا الاشكال.

ان قلت: كيف يمكن أن يكون العقد باطلا و يكون الشرط صحيحا.

قلت: لنا أن نقول: بأنه اذا صدق و تحقق عنوان الشرط يشمله دليل وجوب العمل به، فان اشتراط كون الشرط فى ضمن العقد لم يثبت

بدليل لفظى تعبدى كى يدعى انصرافه عن مورد العقد الفاسد، بل هذا الاشتراط مستفاد من مفهوم الشرط، و عليه لا منافاه بين كون العقد فاسدا و بين وجوب الوفاء بالشرط.

و تحقيق الحال فى بحث الشرط فانتظر.

**(الامر الرابع) ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض.**

و فيه: أولا انه لا يستفاد منه الحكم التكليفى بل المستفاد منه الحكم الوضعى أى اللزوم.

و ثانيا- ان «أَوْفُوا» يشمل العقد الصحيح، و حيث ان القبض شرط فى صحته فبتخلفه لا يكون العقد صحيحا فلا يشمله دليل وجوب الوفاء.

و ثالثا- ان المفروض فى المقام انه اشترط عدم الاقباض قبل القبض، و من الظاهر أنه مع الاشتراط لا يكون الاقباض واجبا فانه لا مجال لوجوب الاقباض مع اشتراط عدمه فى ضمن العقد، فمع عدم اقباض الطرف لا مجال لوجوب الاقباض ابتداء و بعد اقباضه لا تصل النوبه الى دليل وجوب الوفاء اذ دليل الشرط يكفى للوجوب. و اشكال ان الشرط لا أثر له ما دام لا يكون العقد صحيحا قد مر الجواب عنه آنفا فلا تغفل.

**(و أما المقام الثانى) فهو انه على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر أم لا؟**

و ينبغى أن يبحث فى موردين: الاول مقام الثبوت بأن يبحث فيه بأنه بناء



قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين (۱).

على القول بعدم وجوب التقابض هل يترتب على الخيار أثر أم لا، الثانى أن يبحث فى مفاد الادله بأنها هل تكون وافيه للمطلوب أم لا.

أما المورد الاول فنقول: انه يمكن الالتزام بترتب الاثر على وجود الخيار و هو أنه مع الخيار لو فسخ ذو الخيار العقد لا يكون قابلا للصحه فلا أثر للقبض بعده.

و أما المورد الثانى فنقول: ان الحق عدم شمول دليل خيار المجلس للمقام اذ المستفاد من دليل الخيار لزوم العقد بالافتراق. و بعباره أخرى: دليل الخيار ناظر الى صوره توجه خطاب «أَوْفُوا» فان قوله «فاذا افترقا وجب البيع» يدل على أن الافتراق ملزم و مع عدم التقابض يكون الافتراق مبطلا

فلا مجال لثبوت الخيار.

### [كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فی مجلس عقد الفضوليين]

فتحصل مما ذكرنا امور: «الاول» ان خيار المجلس لا يثبت للمتعاملين فی الصرف و السلم. «الثانی» انه يجب الاقباض ابتداء احيانا بمقتضى الشرط «الثالث» ان مبدء الخيار من حين القبض فی الصرف و السلم، أی من حين صحه العقد.

أقول: ان ثبوت الخيار من حين الاجازه سواء قلنا بثبوت خيار المجلس فی الصرف و السلم من حين العقد أو من حين التقابض، و سواء قلنا بالنقل أو بالكشف فی الاجازه.

و قول المصنف بالفرق بين الكشف و النقل بثبوت الخيار لهما من زمان اجازتهما على القول بالنقل و من زمان العقد على القول بالكشف، لا وجه له.

و السر فی ذلک أن عنوان البيع لا يصدق على المالک الا حين الاجازه فباجازته

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۶۳

...

يكون بايعا، و هذا فيما يكون الفضولی من الطرفين ظاهر، و أما لو كان من طرف واحد فهل يكون ثابتا للأصيل من حين العقد أم لا؟ الظاهر هو الثانی اذ الخيار من أحكام العقد الصحيح و قبل اجازه المالک لا يكون العقد صحيحا فلا يكون الخيار ثابتا للأصيل. نعم له أن يرفع اليد من التزامه قبل اجازه الاخر كما أن الموجب يمكن أن يرفع اليد عن ايجابه قبل قبول المشتری، و هذا لا يرتبط بالخيار فلا تغفل.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۶۴

### [الكلام فی مسقطات الخيار]

### [المسقط الاول اشتراط سقوطه فی ضمن العقد]

### اشاره

الكلام فی مسقطات الخيار قوله: القول فی مسقطات الخيار و هی اربعه: الاول اشتراط سقوطه فی ضمن العقد (۱).

أقول:

### اشتراط سقوط الخيار فی ضمن العقد يتصور على أقسام:

**القسم الاول أن يشترط عدم الخيار،**

**اشاره**

و قد عبر عنه فی لسان المشهور اشتراط سقوط الخيار. القسم الثانی أن يشترط عدم الفسخ فيقول بعتنی بشرط أن لا أفسخ، و يعبر عنه عدم الاخذ بالخيار القسم الثالث أن يشترط اسقاط الخيار. اذا عرفت ذلک فنقول:

(أما القسم الاول)

**فقد استدل على عدم الخيار باشتراط عدمه فی ضمن العقد بوجوه:**

**الاول – الاجماع.**

و فيه انه معلوم المدرک، و لا أقل من محتمله، فانه يحتمل لو لم يقطع بأن المدرک عموم دليل الشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۶۵

...

**الثانی – العمومات**

كقوله «المسلمون أو المؤمنون عند شروطهم» «۱» فيشمل عموم الشرط لشرط عدم الخيار فی ضمن البيع.

**و قد استشكل على الاستدلال بدليل الشرط فی المقام من وجوه:**

**الاول: ان الشرط متعلق بالامر الاختياری، و من الظاهر أن جعل الخيار و عدمه من فعل الشارع،**

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الايراد المذكور قوی لكن النص الخاص الوارد فی باب المكاتبه يقتضی الصحه، و هی صحيحه مالک بن عطيه عن سليمان بن خالد عن أبی عبد اللّه عليه السلام سألته عن رجل كان له أب مملوک و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لک أن اعينک فی مكاتبتک حتى تؤدی ما عليک بشرط أن لا يكون لک الخيار على أبی اذا أنت ملكت نفسک؟ قالت: نعم، فأعطاها فی مكاتبتها على أن لا ـ يكون لها الخيار عليه بعد ذلک. قال: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم «۲».

و المستفاد من هذه الروايه سقوط الخيار باشتراط سقوطه. و الحق فى الجواب أن يقال: ان جعل أمر على عاتق أحد يتوقف أن يكون اختياريا، و أما الشرط فلا يلزم أن يكون كذلك، فان الشرط ربط أحد الامرين بالاخر، فالاشكال ساقط من أصله. مضافا الى النص الوارد فى المكاتبه. و أيضا يستفاد من بعض النصوص

---

(١) المرويه فى الجزء (١٥) من الوسائل من ابواب المهور، الحديث (۴) بعنوان المؤمنون، و الباب (۴۰) بعنوان فان المسلمين، و فى الجزء (١٢) الباب (۶) من أبواب الخيار، الحديث ١- ٢- ۵ بعنوان فان المسلمين، و فى الجزء (١۶) الباب (١١) من ابواب مكاتبه الحديث (١) بعنوان المسلمون.

(٢) الوسائل، الجزء (١۶) الباب (١١) من أبواب المكاتبه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۶

...

الوارده فى الباب الرابع من المكاتبه بأن المكاتب لو عجز عن أداء مال الكتابه يرد الى الرقيه لصحه الشرط و الحال

ان الرد الى الرقيه فعل اللّه فلاحظ.

و استشكل على الاستدلال بالروايه بأن الشرط المذكور فى الروايه ابتدائى و الاجماع قائم على عدم وجوب الوفاء على الشروط الابتدائيه، فلا يمكن العمل بمضمون الروايه.

و أجاب عنه السيد اليزدى قدس سره: أن هذه الروايه دليل على شمول أدله الشروط للشروط البدويه و أنها أيضا واجبه الوفاء، و الاجماع على الخلاف ممنوع.

و أفاد المصنف: يمكن أن تحمل الروايه الداله على سقوط الخيار باشتراط سقوطه على صوره المصالحه على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

أقول: و فى كلا الجوابين نظر، أما كلام السيد فغريب، اذ أن الشرط المذكور ليس ابتدائيا، كيف فانه وقع فى ضمن الهبه. و أما كلام الشيخ فانه أغرب منه و انه قدس سره كيف حمل الروايه على صوره المصالحه مع أنها لا أثر لها فى الروايه، فان سقوط الخيار يكون بالاشتراط كما هو أوضح من أن يخفى. و التحقيق أن يقال: ان الشرط فى الروايه وقع فى ضمن العقد، و أعنى به الهبه، فيجب الوفاء بمضمونه و هو سقوط الخيار.

لا يقال: ان الهبه تكون من العقود الجائزه فالشرط فى ضمنها لا تكون لازمه.

لأنا نقول: ان الامر و ان كان كذلك الا أنها تصير لازمه بالتصرف، فان الامرأه تصرفت فى الموهوب بأدائه الى المولى و هو موجب للزومها. مضافا الى أنه قد مر منا أن الشرط يلزم و لو كان فى ضمن العقد الجائز. فليكن فى ذكرك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۷

...

لعله ينفعك فيما بعد.

فتلحض أن الخيار يسقط باشتراط سقوطه، و لا يرد عليه الاشكال بأن الخيار ليس جعله بيد المتعاملين حتى يسقط باسقاطهما فانا قلنا انه ليس هذا المعنى معتبرا فى الشرط. هذا أولا

و ثانيا ان النص دال على المقصود.

**(الثانى) ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما،**

لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو توقف لزوم العقد على لزوم الشرط لزم الدور.

ان قلت: ان لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، و أما لزوم العقد فيتوقف على صحه الاشتراط، فالمتوقف عليه غير المتوقف عليه.

قلت: ان دليل صحه الاشتراط و لزوم الشرط دليل واحد فالاشكال باق بحاله. و الحق أن يجاب عن الاشكال: أولا انه لم يدل دليل لفظى على اشتراط كون العقد لازما قبل الشرط لا بالقبليه الزمانيه و لا الرتبيه، فلا مانع من تحقق العقد و لزومه بالشرط. و ان شئت قلت: ان الدور دور معى. و ثانيا ان الشرط فى المقام عباره عن عدم الخيار، فلو فرض عدمه بالشرط فلا مقتضى للخيار، بل مقتضى القاعده اللزوم، و ثالثا ان اصل المبنى فاسد فالبناء مثله.

و ملخص الكلام ان الشرط عباره عن ارتباط أحد الامرين بالاخر، و معنى الشرط الضمنى أن العقد ارتبط به، و لذا نقول بأنه لا معنى للشرط الابتدائى فانه خلف، فعليه نقول: لا فرق فى لزوم الشرط بين كون ظرفه العقد اللازم أو الجائز، فان دليل لزوم الشرط- أى قوله «المؤمنون عند شروطهم» - يقتضى لزوم الشرط و لو كان العقد جائزا. بل لنا أن نقول: بأن الشرط فى ضمن العقد الفاسد صحيح و لازم و ان كان هذا المدعى يقرع الاسماع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۶۸

...

أضف الى ذلک كله أنه لو لم يكن الشرط فى ضمن العقد الجائز لازما لم يكن فى ضمن الهبه لازما، و الحال أن الامام عليه السلام طبق «المؤمنون عند شروطهم» على الشرط الواقع

فی ضمنها.

ان قلت: ان الهبه هنا مشروطه، و هی لازمه کما حقق فی محله.

قلت: ان الهبه اللازمه هی الهبه المعوضه، و أما الهبه المشروطه فأی دلیل علی لزومها.

### (الثالث) ان أدله الشروط معارضه بعموم أدله الخیار،

و نتیجه التعارض التساقط، فلا أثر لدلیل الشرط.

و الجواب عن هذا الاشکال: ان دلیل الشرط مقدم علی أدله الاحکام، و لا تلاحظ النسبه و الا یلزم أن لا یکون الشرط مؤثرا الا فی اشتراط واجب أو ترک محرم و هو کما تری. و بعباره أخری: ان العناوین الثانویه تقدم علی أدله الاحکام الاولیه، کما أن الامر کذلک فی دلیل النذر و العهد و الیمین.

هذا أولا، و ثانیا مع فرض التعارض و التساقط تکون النتیجه اللزوم بمقتضی عموم وجوب الوفاء بالعقود، فالمطلوب حاصل أیضا و هو عدم الخیار.

أضف الی ذلک کله ما ورد فی مسأله اشتراط عدم الخیار للمکاتبه، و ما ورد فی اشتراط رد المملوک الی الرقبه لو عجز من أداء مال الکتابه «۱».

### (الرابع) ان هذا الشرط مخالف لمقتضی العقد

علی ما هو ظاهر قوله «البیعان بالخیار»، فاشتراط عدم کونهما بالخیار اشتراط لعدم بعض مقتضیات العقد.

و فیه: ان الآثار المرتبه علی العقد قسمان: قسم منها ما یتوقف علیه قوام العقد و بانتفائه ینتفی العقد کالملکیه فی البیع و الزوجیه فی النکاح، و قسم منها

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۶) الباب ۱۰ و ۱۶ من ابواب المکاتبه.



...

لا یکون کذلک کالخیار المستفاد من قوله «البیعان بالخیار» فانه لا یتوقف علیه قوام العقد. فما ذکره المستشکل وارد علی القسم

الاول، فان اشتراط عدم حصول الملكيه فى البيع جمع بين المتنافيين، و أما القسم الثانى فهو خال عن الاشكال المذكور كما لا يخفى. و ببيان آخر: ان الخيار ليس مقوما للبيع بل يكون أثرا مترتبا عليه لو خلى و طبعه بمقتضى الدليل لو لم يوجد ما يمنع عن ترتب هذا الاثر.

**(الخامس) ان اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب،**

لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع فاسقاطه فيه كإسقاطه قبله.

و فيه: أولا انه لا محذور فى اسقاط ما لم يجب الا اشكال التعليق، و التعليق لا دليل على بطلانه الا الاجماع، و حيث أنه دليل لبى يقتصر فيه على القدر المتيقن من مورده و هى العقود أو الاعم منها و من الايقاعات، و اما التعليق فى الشرط فلا دليل على بطلانه. و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الشرط بنحو لا يكون اسقاطا كى يتوجه عليه هذا الاشكال بأن يشترط عدم الخيار و الدليل على صحته صحيح عطيه «۱».

**(السادس) ان اشتراط سقوط الخيار خلاف السنه،**

اذ بمقتضى قوله «البيعان بالخيار» يثبت الخيار و اشتراط عدمه مخالف له.

و قد أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن اشتراط عدم الخيار مرجعه الى نسخ الحكم، و لم يقل أحد بصحه مثل هذا الشرط، فمعنى اشتراط عدم الخيار اسقاطه فى ضمن العقد بالشرط، و من الظاهر أن اسقاط الخيار ليس خلافا للسنه.

و يرد عليه: أولا النقض بموارد الحلف و النذر و العهد، فان الفعل المباح

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۶) الباب (۱۱) من أبواب المكاتبه، الحديث (۱).



...

بالمعنى الاعم يجب أو يحرم بلحاظ تعلق هذه العناوين و ليس فيه محذور النسخ.

و ثانيا- بالحل، و هو أنه لا تعارض بين أدله العناوين الثانويه و الاوليه، فان الخيار مجعول للعقد لو خلى و طبعه و الشرط يمنع عن انعقاده هكذا. و بعباره أخرى: ان العقد يتحقق لازما بمقتضى الشرط فلا نسخ. نعم يرد عليه أنه خلاف السنه، و لذا نجيب عن أصل الاشكال بأن صحيحه عطيه المتقدمه آنفا تقتضى صحه هذا الاشتراط.

**(و أما القسم الثانی) و هو ما اشترط فی العقد عدم الاخذ بالخیار،**

**اشاره**

فیقع البحث فیه فی مقامین: الاول فی صحه هذا الشرط، الثانی انه علی تقدیر صحه الشرط لو خالف و فسخ هل یؤثر فی العقد أم لا؟

**(أما المقام الاول) [فی صحه هذا الشرط]**

فلا اشکال فی صحته، و لا یرد علیه ایراد من الایرادات المتقدمه، فان عدم الفسخ أمر جائز و بالشرط یجب فلا محذور.

**(و أما المقام الثانی) فما یمکن أن یقال أو قیل فی وجه عدم تأثیر فسخه لو خالف الشرط أمور:**

**الاول – ان دلیل الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره علی الوفاء بالعقد و عدم سلطنته علی ترکه،**

لان الممتنع شرعا کالممتنع عقلا، فالشارع سلب القدره عن الفاسخ فیکون فسخه کلا فسخ بعد حرمته.

و یرد علیه: أنه لا ـ تلازم بین الحرمه التکلیفیه و الفساد الوضعی، فان النسبه بینهما عموم من وجه، فان البیع قد یکون حراما و لا یکون فاسدا کالبیع فی أثناء الصلاه و قد یکون فاسدا و لا یکون حراما کالبیع الغرری، و قد یجتمعان معا کبیع الخمر.

**الثانی – ان اطلاق دلیل وجوب الوفاء بالشرط یقتضی وجوب ترتیب آثار الشرط**

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۷۱

...

و هو عدم الفسخ فی جمیع الاحوال حتی بعد الفسخ، و من آثار عدم الفسخ حرمه التصرف، و هو معنی عدم نفوذ الفسخ و الا فلا وجه للحرمه.

و یرد علیه نقضا و حلا: أما النقض فبما اذا شرط هبه داره فی ضمن البیع فهل یجب علیه ترتیب أثر الشرط فی صوره عدم العمل علی مقتضی الشرط، و هل یلتزم أحد بأن المشروط علیه قبل الهبه یجب علیه ترتیب أثر الهبه، کلا ثم کلا.

و أما الحل فان الشرط الذی یجب الوفاء به نفس الالتزام لا الملتزم به، و بعباره أخری: ان الشرط عباره عن الالتزام بعدم الفسخ، و ملخص الکلام ان الامر بالوفاء بالشرط عباره عن لزوم اتمام الالتزام و عدم رفع الید عنه، و حیث أن رفع الید عن الالتزام لیس

حراما تكليفيا يعلم أن الشرط لازم و لا يتغير برفع اليد، لكن لو فسخ العقد و لم يف بشرطه يكون مقتضى القاعده أن ينفسخ العقد.

هذا على تقدير القول بكون الامر بالوفاء بالشرط ارشاديا، و أما ان كان مولويا فهو يدل على أن المشروط عليه يجب أن يلتزم بذلك فى وعاء الشرع، و لكنه اذا خالف الشرط و فسخ العقد يشمله اطلاق أدله الخيار، فانه يدل على

انحلال العقد بالخيار سواء كان اعماله محرما أم لا. و نظير المقام ما لو حلف شخص على عدم الفسخ أو نهى أبوه عن ذلك و لكنه فسخ عصيانا يؤثر فسخه.

**الثالث- ان الشرط قد أحدث حقا للمشروط له فى خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضى خياره كمنع حق الرهانه من بيع العين**

و لذا يجوز اجباره عليه.

و أجيب عنه: ان جواز اجبار المشرط عليه انما يكون لتوجه خطاب دليل وجوب الوفاء بالشرط و له أن يجبره على ذلك، و أما سلب الاختيار عنه بحيث يمنع عن التصرف فى البيع فلا يستفاد منه. و بعباره اخرى: نسلم أن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه بحيث يجوز له أن يجبره على العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۲

...

بالشرط كما لو شرط عليه الخياطه فيجوز اجباره عليها، لكن هل يوجب سلب اختياره أم لا، اول الكلام و لا دليل عليه.

**(و أما القسم الثالث) و هو ما يشترط اسقاط الخيار،**

**اشاره**

فقال الشيخ:

و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد الفسخ. أفاد السيد قدس سره: يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، و الا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

أقول: يمكن أن يكون مراد الشيخ أن الاسقاط يكون بعد العقد لا حين العقد و فى ضمنه، و كيف كان يقع البحث فى مقامات ثلاث: الاول ان الشرط المذكور صحيح أم لا؟ الثانى انه على تقدير صحته هل يؤثر أم لا؟ الثالث على تقدير عدم اسقاطه الخيار هل للمشروط له خيار تخلف الشرط أم لا؟

**(أما المقام الاول) فلا ريب فى صحته لوجود المقتضى و عدم المانع،**

و ما يتصور من كونه مانعا بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط قد تقدم الجواب عنه آنفا فلا نعيد.

**(و أما المقام الثانى) فأفاد الشيخ: و فى تأثير الفسخ وجهان المتقدمان،**

و الاقوى عدم التأثير. و بعباره أخرى: انه قدس سره قاس المقام بالقسم الثانى، و لكن الحق أن يفصل فى المقام بأن يقال: لو كان الوجه فى فساد الفسخ فى القسم السابق كونه محرما فلا يتم فى المقام، اذ الشرط فى المقام عباره عن الاسقاط لا عدم الفسخ، فلا يكون الفسخ حراما الا بأن يقال ان الامر بالشى ء يقتضى النهى عن الضد، و أما لو كان الوجه فى القسم السابق عباره عن لزوم العمل بالشرط و عدم قدره المشروط عليه على خلافه فلا يبعد انطباقه على المقام أيضا، و قد عرفت عدم تماميه وجه المنع ففى المقام كذلك.

**(و أما المقام الثالث) فهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ بعد أم لا؟**

قيل لا يكون له ذلك، لأنه ما دام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۳

قوله: بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد (۱).

لم يفسخ لم يحصل التخلف و بعده لا يبقى موضوع للعقد.

و فيه: ان الشرط فى المقام عباره عن اسقاط الخيار، و هو لم يحصل فيصدق التخلف، فيجوز الاخذ بخيار تخلف الشرط، و أما الفسخ و عدمه فلا يتعلق به الشرط حتى يرد عليه الاشكال.

و فصل الشيخ قدس سره بين القول بعدم تأثير الفسخ و القول بتأثيره بقوله:

و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و يكون بقاء المشترط على سلطنه الفسخ مخالفا لمصلحه المشروط له و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه.

و فيه: انه لا وجه لهذا التفصيل، اذ تأثير الفسخ و عدمه لا مدخليه له فى صدق التخلف و هو موجب للخيار، و هذا

ليس أقل مرتبه من جعل الخيار الابتدائى، فكما أن تخلفه يوجب الخيار كذلك فى المقام. و الحاصل ان تخلف الشرط فى المقام يوجب الخيار و ان لم يترتب عليه الاثر، على أن الاثر العقلائى موجود فى المقام، و هو الاطمئنان باستحكام العقد.

### [فى أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد]

#### اشاره

أقول: ان الشرط المذكور فى متن العقد لا ريب فى صحه تأثيره، و أما الشرط المذكور قبل العقد فموقع خلاف بين الاعلام، و اختار الشيخ عدم تأثيره و نقل عن الطوسى القول بتأثيره، الا أنه وجه كلام الطوسى بما يناسب مختاره و قال ما حاصله: و كيف كان فالاقوى أن الشرط غير المذكور فى متن العقد غير مؤثر لان المحقق فى السابق اما وعد أو التزام ابتدائى لا يجب الوفاء به.

و الذى يوافق التحقيق أن يقع البحث تاره فى مقتضى القاعده الاوليه، و أخرى فى الادله الخاصه الوارده فى المقام. أما مقتضى القاعده فنقول: ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۴

...

معنى الشرط ارتباط أحد الامرين بالاخر، فتاره يكون الالتزام العقدى مرتبطا بفعل الطرف كما لو قال «بعتك بشرط أن تخيط لى ثوبا».

ان قلت: ان تحقق البيع معلق على تحقق الخياطه، و هو لا يحصل قبل حصول المعلق عليه.

قلت: انه لم يتوقف على تحقق الخياطه الخارجيه بل معلق على الالتزام بها و هو حاصل بالفعل.

ان قلت: انه تعليق و التعليق فى البيع يوجب البطلان.

قلت: ان الدليل القائم على بطلان التعليق ليس دليلا لفظيا كى يتمسك باطلاقه، بل الدليل انما هو الاجماع، و القدر المتيقن منه ما لا يكون المعلق عليه معلوما كقدوم الحاج، و أما ما اذا كان المعلق عليه معلوم التحقق فلا يشمله دليل المنع و لم ينعقد الاجماع فيه، فاذا تخلف المشروط

علیه عن الخیاطه یکون العقد صحیحا لکن یثبت للمشروط له الخیار بمقتضی الارتکاز العقلائی.

و أخری لاـ یکون أصـل الالـتزام معلقـا علی أمر لکن بقاء الالتزام معلق کما لو علق التزامه بالبقاء علی أمر کالخیاطه مثلا. و ثالثه یتحقق کلا الامرین، أی یعلق أصل الالتزام و یعلق بقاؤه علی التزامه علی تقدیر کذائی.

اذا عرفت ما ذکرنا

**فاعلم ان الشرط فی ضمن العقد یتصور علی وجوه:**

**الاول – أن یکون العقد ظرفا للشرط بلا ارتباط،**

و لا یجب العمل بهذا الشرط بل لا یصدق علیه الشرط.

**الثانی – أن یرتبط بالعقد و یذکر فی العقد بالصراحه أو بالاشاره،**

و لا شبهه فی صحته و وجوب العمل به.

**الثالث – ان یقاول علیه قبل العقد و یقع العقد مبنیا علیه،**

و الظاهر أنه لا مانع

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۷۵

...

من صحته.

ان قلت: انه لم یذکر فی ضمن العقد.

قلت: یرد علیه أولاـ النقض بالشروط الضـمنیه الارتکـازیه فانهـا لم تـذکر و مع ذلـک یجب العمـل بهـا. و ثانیـا ان العقود تـابعه للقصود، و المفروض أن العقد وقع علی ما ذکر قبلا فیکون مشروطا.

ان قلت: لا یقاس المقام بالشروط الضمنیه، فان الارتکاز العقلائی فی تلک الموارد یقتضی انفهام المعنی.

قلت: هذا الفرق غیر فارق، فان دلیل الشرط ربما یکون الارتکاز العام العقلائی، و ربما یکون أمرا شخصیا معهودا بین الطرفین. و

ان شئت قلت:

القرينه فى تلك الموارد عامه و فى المقام القرينه قرينه خاصه. هذا ما يقتضيه القاعده، و أما بلحاظ مفاد الروايه الخاصه فانه وردت روايات «۱» فى باب المتعه تدل على عدم ترتب الاثر على الشرط المذكور قبل العقد.

و أجاب عن الروايه سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأن مفاد الروايه شرط المتعه فلا يعم شرط النكاح مطلقا فكيف ببقيه العقود.

و يرد عليه: ان فى مطلقها كفايه، لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هو أن النصوص وردت فى باب النكاح و لا وجه للتعدى الى غيره من بقيه الابواب و العقود. و ان أبيت الا عن التسريه فلا بد من الالتزام بفساد العقد فيما يكون مشروطا، اذ المفروض أن الالتزام العقدى يقيده و العقود تابعه للقصود، فانقدح بما ذكرنا أن المتعاملين لو تقاولا قبل العقد على شرط و أوقعا العقد عليه ينعقد مشروطا. نعم لو غفلا حين العقد يقع مطلقا.

---

(۱) الوسائل، الباب ۱۹ من ابواب المتعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۶

**[فرع فى قول العلامه فى عدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد]**

قوله: (فرع) ذكر العلامه فى التذكره موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و

غيره فى متن العقد، و هو ما اذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال «للّه على أن اعتقك اذا بعتك»، قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحه النذر فيجب الوفاء به و لا يتم برفع الخيار (١).

أقول: ان تقريب ما ادعاه العلامه انه يفوت غرض المولى بهذا الشرط فيكون فاسدا، و تحقيق الحال يتوقف على أن نتكلم فى مقامين: الاول ما يكون قابلا لان يرجع الى بايعه بالارث أو بغيره من الاسباب، و الثانى ما لا يكون كذلك.

(أما المقام الاول) فلا مانع من الشرط، اذ لا يترتب عليه المحذور. و ما أفاده الميرزا النائينى قدس سره فى المقام من عدم القدره على الانتقال الى البائع ففيه أن عدم القدره صحيح لكن المفروض أن القدره على العتق يحصل بأحد اسباب الانتقال.

(و أما المقام الثانى) فاثبات المدعى يتوقف على مقدمتين: الاولى أن يستلزم النهى التكليفى الفساد، الثانيه أن يكون تحصيل المقدمات المفوته واجبه بأن يكون الشرط حراما مقدمه للنذر، و نظيره فى باب الوضوء انه قبل الوقت لو علم بعدم وجدان الماء عند الصلاه وجب عليه التحفظ على الماء.

الا أنه لا يمكن المساعده على شى ء من المقدمتين: أما المقدمه الاولى فلعدم الملازمه بين الحرمه التكليفيه و الفساد الوضعى، و أما المقدمه الثانيه فلعدم وجوب حفظ المقدمات المفوته.

و بعباره أخرى: ان تفويت غرض المولى لم يقم دليل على حرمته، فانه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۷۷

قوله: مسأله و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (١).

على المولى أن يبين ما يلزم و مع عدم البيان لا دليل على الوجوب، فعليه لا يكون شرط اسقاط الخيار حراما و ان كان مفوتا للغرض النذرى.

أفاد

سیدنا الاستاذ علی ما فی التقریر بأن الشرط لو کان مخالفا للسنه بعنوانه الاولی فهو باطل، و أما اذا کان مخالفا لها بعنوانه الثانوی فلا یکون باطلا، و فی المقام ان الالتزام و الملتزم به لا یکونان خلاف السنه بعنوانهما الاولی بل بعنوان انه تفویت لغرض المولی یکون حراما و هو غیر ضائر، فالادله الآمره بطرح الشروط المخالفه للسنه لا تشمل المقام.

و فیه: ان المستفاد من اطلاق الروایات أن الشرط اذا کان مخالفا للکتاب و السنه فهو باطل سواء کان مخالفا لهما بعنوانه الاولی أو الثانوی، و لا وجه للتقیید بما ذکره الاستاذ.

أقول:

**المقسط الثانی من مسقطات خیار المجلس اسقاطه بعد العقد،**

**اشاره**

و هذا هو المسقط الحقیقی کما أفاده المصنف.

**و ما یمکن أن یتمسک به لسقوط الخیار باسقاطه بعد العقد وجوه:**

**الاول - الاجماع.**

و فیه: ان المحصل منه غیر حاصل، و علی فرض حصوله محتمل المدرک، فانه یحتمل أن یکون مدرکهم أحد الوجوه المذکوره، و المنقول منه لیس بحجه کما حقق فی محله.

**الثانی - ما أفاده المصنف فحوی ما سیجی ء من النص «۱» الدال علی سقوط الخیار بالتصرف،**

معللا بأنه رضاء بالبیع، و الوجه فی الاولویه انه اذا کان التصرف مسقطا لکونه فعلا کاشفا عن الرضا فالتصریح بالاسقاط مسقط بطریق أولی.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب الخیار، الحدیث (۱).



...

و بعباره أخرى: ان المستفاد من الروايه أن الامام عليه السلام طبق الكبرى الكليه و هى أن صاحب الخيار له أن يسقط حقه على المورد. و ان شئت قلت:

يتشكل القياس بأن نقول: هذا تصرف كاشف عن الرضا، و كلما يكون مبرزا للإسقاط يسقط الخيار، فهذا الفعل مسقط. و الانصاف ان هذا الوجه وجبه لا بأس به.

**الثالث- أيضا ما تمسک به الشيخ**

بفحوى قوله «الناس مسلطون على أموالهم» «١» تقريب الفحوى أن المراد بالأموال المضافه الى الناس ما أضيف اليهم بالاضافه الملكيه، فاذا كانوا مسلطين على أملاكهم فهم أولى بأن يكونوا مسلطين على حقوقهم، لان من كان له السلطنه على الاقوى كان له السلطنه على الاضعف بنحو أولى.

و أورد عليه المحقق النائينى قدس سره: بأن الاستدلال بفحوى «الناس مسلطون» غير تام، لان السلطنه على المال، و الحق هى أن يتصرف فيهما بالتصرفات التى تحت سلطنته، و مقتضى هذه السلطنه فى مورد العين أن يتصرف فيها و فى مورد الخيار أن يتصرف فى مورده أيضا بأن يفسخ و أن لا يفسخ، و أما اعدام هذه السلطنه فلا يستفاد من دليل السلطنه.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن اطلاق تسلط الناس على أموالهم يقتضى كون الناس مسلطون على أموالهم كيف يشاءون حتى على اعدامها و هم مسلطون على اعدام حقوقهم.

و فيه: ان فرض أن قاعده التسلط يقتضى كون الناس مسلطين على أموالهم و لو باعدام موضوعها فبانتفاء الموضوع تنتفى السلطنه قهرا، الا أن ذلک ليس

---

(١) البحار،

الجزء (۱) طبع قديم الصفحه (۱۵۴).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۷۹

قوله: و يمكن الاستدلال بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائی (۱).

اسقاط الخيار. و بعباره أخرى: لا يستفاد من الروايه كون الناس مسلطين على سلطنتهم و هی هنا اسقاط الخيار. و بعباره واضحه: يمكن للمسلط على العين اعدام السلطنه باعدام العين كما لو أكل طعامه، و أيضا يمكن لذی الحق أن يعدم السلطنه باعدام موضوعه بأن يفسخ العقد، و الكلام فی اعدام نفس السلطنه، فايراد سيدنا الاستاذ على استاذه غير تام.

و أورد المحقق الايروانی: بأن علقه الحق أضعف من علقه المال، و السلطنه فی القوی لا تقتضی السلطنه على الضعيف، بل الامر بالعكس.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن المدعى أن الشخص مسلط على السلطنه الملكيه، و من الظاهر أنه لو ثبتت السلطنه على القوی تثبت على الضعيف بطريق أولى.

و يرد على كلام سيدنا الاستاذ: بأنه لا دليل على كون الشخص مسلطا على سلطانه فی مورد الملك كی يتم هذا البيان، بل الثابت من الدليل أن الشخص مسلط على نفس العين.

اذا عرفت ما ذكرناه علم أن الحق فی الجواب أن يقال: ان مدرك قاعده التسلط ضعيف السند فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير ثبوت العمل بها غير جابر كما عرفت.

### الرابع قوله «المؤمنون عند شروطهم» «۱»

بتقريب انه باطلاقه يشمل اسقاط الخيار بعد العقد فيكون نافذا.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۶) من احكام ابواب العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۸۰

قوله: من ان لكل ذی حق اسقاط حقه (۱).

قوله: ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه، و فحوى ما دل على كفايه بعض الافعال فی اجازه عقد الفضولی. (۲)

و فيه: أولا ان

الشرط فى اللغه بمعنى الربط بين الشيئين، فلا يشمل مفهوم الشرط الشرط الابتدائى، و اذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

و ثانيا- ما معنى الشرط فى المقام، فان كان معناه الالتزام بعدم كون الخيار مجعولا من قبل اللّه تعالى فهو ليس بأيدينا حتى نلتزم به. و بعباره أخرى: انه لا شبهه فى ثبوت الخيار و ليس عدمه بقاء بأيدينا، و ان كان معناه الالتزام بسقوطه باسقاطنا فالحكم لا يحقق موضوعه، فان دليل الشرط ليس مشرعا بل لا بد من جواز أمر فى الرتبه السابقه، و المفروض أن شرعيته أول الكلام.

و لا يجوز التمسك بدليل الشروط، فاذا شك فى أن أمر اسقاط الخيار هل يكون بأيدينا أم لا يحكم بعدمه باستصحاب العدم الازلى، فانه لم يكن أمر العقد بأيدى المتعاقدين قبل وجودهما أو قبل تحقق الشريعه، و الاصل بقاء العدم على حاله.

**الخامس مما استدل على صحه اسقاط الخيار بعد العقد**

هو القاعده المسلمه من أن «لكل ذى حق اسقاط حقه». توضيحه: ان الخيار على قسمين خيار حقى، و خيار حكمى، و الذى لا يجوز لذى الخيار اسقاطه هو الخيار الحكمى كما فى الهبه فلا يجوز اسقاط الخيار فيها، و اما الخيار الحقى فانه قابل للإسقاط.

و حيث أن الخيار فى محل الكلام حقى فهو قابل للإسقاط، و الانصاف أن هذا الوجه فى غايه المتانه.

**[الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه]**

أقول: اذا ثبت جواز اسقاط الخيار بعد العقد فنقول: انه يسقط بكل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۱

...

لفظ باحدى الدلالات العرفيه.

و استدل الشيخ على ذلك بفحوى ما دل على كفايه بعض الافعال فى اجازه العقد الفضولى. و يمكن أن يكون نظره قدس سره فيما أفاده الى ما ورد فى باب النكاح، و هو ما رواه معاويه بن وهب قال: جاء رجل الى أبى عبد اللّه عليه السلام فقال: انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعد ذلك فأجدد نكاحى إياها حين اعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا انك تزوجت امرأه و أنت مملوك لهم. فقال: نعم و سكتوا عنى و لم يغيروا على. قال: فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم أثبت على نكاحك الاول «۱».

و ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا فى سكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظننت أنه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أ حلال هو لها

أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها؟

فقال: اذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها. قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟

فقال: نعم «٢».

بتقريب ان السكوت فى الاول و الاقامه معه بعد الافاقه فى الثانى اذا كانا كافيين للإمضاء فالقول يكون كافيا بالاولويه لكونه أقوى دلاله من الفعل.

و يرد عليه: أن الاولويه انما تجدى مع اتحاد المقامين، و هو ممنوع، اذ يمكن أن الشارع دفعا عن وقوع الزنا سهل الامر فى باب النكاح بخلاف المقام فلا تغفل.

---

(١) الوسائل، الجزء (١۴) الباب (٢) من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١۴) الباب (١۴) من أبواب اولياء العقد، الحديث (١).



قوله: فلو قال أحدهما «اسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الاخر سقط خيار الراضى أيضا (١).

قوله: مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر (٢).

و الذى يسهل الخطب أن تحقق الاسقاط بما يكون مبرزا عرفا أمر على القاعده فلا يحتاج الى الاستدلال بتلك الروايات. و اللّه العالم.

### [لو قال أحدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا]

أقول: لا وجه لسقوط خيار الراضى، فان مجرد الرضا ان كان من باب كونه مصداقا للإسقاط فان الرضا بالاسقاط لا يكون اسقاطا و ليس مصداقا له، و ان كان سقوط خياره من باب صحه الفضولى فيرد عليه: أولا ان جريان الفضولى فى الايقاعات محل الاشكال، و ثانيا انا قد ذكرنا فى بحث الفضولى ما عندنا من الاشكال فى صحه العقد الفضولى بالاجازه، و تفصيل الكلام موكول الى ذلك الباب فلا تغفل.

### [مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

أقول: ان المسأله ذات صور، و ذلك ان بعد قوله «اختر» تاره يفسخ الاخر، و أخرى يسقط الخيار، و ثالثه يسكت. فان اختار الفسخ فلا يبقى موضوع للبحث لانفساخ العقد بذلك، و ان اختار الامضاء يسقط خياره و يبقى خيار الطرف الاخر بحاله، و ان سكت يبقى الخيار لعدم المقتضى لسقوطه.

و فى المقـام روايـه «۱» مـذكوره عن الطوسـى عن النـبى صـلى اللّه عليه و آله انه قـال: المتبايعـان بالخيـار مـا لم يفترقـا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر. و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا اعتبار بها. و أفاد المصنف بأن هذا القول كأنه كان فى العرف السابق ظاهرا فى تمليـك العقـد من الطرف المقابل. و لا يخفى ان الظهور الكائن فى العرف السابق لا أثر له فلا بـد من ملاحظه الحال، فنقول فى قوله «اختر»

---

(۱) الخلاف الطبع الجديد الصفحه (۵۰۷) المسأله (۷).



...

احتمالات: الاول أن يكون لإسـقاط الخيار عن نفسه، الثانى أن يكون لتوكيل المخاطب لأعمال الخيار فسخا و امضاء، الثالث أن يكون لتمليـك خيـار نفسه للمخـاطب و اعطـائه ايـاه، و لا يرد عليه ما قيل بأن الخيار ليس قابلا للتمليك لأنا بينا فى محله انه من الحقوق القابله للتمليك.

الرابع أن يكون لاستكشاف حال المخاطب بأنه يفسخ أو يمضى، فان كان بقوله «اختر» فى مقام إنشاء السقوط فخياره يسقط بذلك و يبقى خيار الطرف المقابل، و ان كان فى مقام توكيل المخاطب، و المخاطب أسقط الخيار فيكون خياره ساقطا أيضا.

لا يقال: ان الوكاله من العقود و يشترط فيها الايجاب و القبول كيف تتحقق بلفظ «اختر».

فانه يقال: لو صدق عليه العنوان فى العرف و لو مع القرينه كفى، فانه لا يشترط فى العقود الالفاظ الخاصه، فلو سكت الطرف الاخر يبقى الخيار بحاله. و أما لو أجاز فاما يجيز بعنوان الوكاله و اما يجيز أصاله و اما يجيز بكلا العنوانين، فعلى الاول يسقط خيار الطرف، و فى الثانى يسقط خياره دون الاخر و على الثالث يسقط خيارهما.

ان قلت: كيف يمكن تحقق الوكاله و الاسقاط بعنوانهما بلفظ واحد، و الحال أن الاسقاط تتأخر عن الوكاله، اذ ما دام لم يحصل الوكاله لا مجال للإسقاط وكاله و بعباره أخرى: ان تحقق السقوط متأخر زمانا عن عنوان الوكاله، فما دام لا يتحقق عنوان الوكاله لا يتحقق عنوان السقوط، فلا بد أن يكون موضوع الوكاله محققا سابقا كى يترتب عليه عنوان السقوط، فلا يكون قوله «أسقطت الخيار» متحملا للمعنيين الطوليين، أعنى قبول الوكاله و اسقاط الخيار.

قلت: يرد عليه أولا انا بينا فى موضعه أن الالفاظ المستعمله فى الانشائيات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۴

...

مبرزه عن المعانى الانشائيه، فلا مانع من أن يكون قوله «أسقطت الخيار» محققا للوكاله و الاسقاط، فان الجمله المذكوره أولها محقق للوكاله و قبول لها و آخرها مسقط للخيار.

و ثانيا: انه لا دليل على لزوم أن يكون عنوان الوكاله سابقا زمانا على عنوان اسقاط الخيار. و بعباره

أخرى: ان الترتب الزمانى ليس بين اسقاط الخيار و عنوان الوكاله، نعم ان التخلف الزمانى بين العنوانين المذكورين غير ممكن.

و صفوه القول: ان تأخر الوكاله عن الاسقاط محال، و أما كونهما متقارنين زمانا فلا اشكال فيه بأن يتحقق الوكاله و اسقاط الخيار فى زمان واحد، نظير المقام الطلاق الرجعى فانه يحصل الرجوع باللمس مثلا- و الحال أن جواز اللمس مترتب على الرجوع، فلا مانع من تحقق الزوجيه باللمس اذ ليس الترتب زمانيا بل رتبى.

و ان كان فى مقام تمليك المخاطب- بأن يملك الخيار له بهذا اللفظ- فالكلام فيه كالكلام فى مسأله التوكيل حرفا بحرف و لا وجه للإعاده.

و ان أراد أن يستعلم حال المخاطب بقوله «اختر» فانه يفسخ أو يمضى، و قال المخاطب فى جوابه «أسقطت الخيار» فلا وجه لسقوط خيار المستعلم، و أما السكوت فى جميع الصور المذكوره فلا يدل على اسقاط الخيار. هذا كله فيما يكون المقصود معلوما، و أما لو كان مجملا و لم يعلم المراد فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار، فان الخيار كان موجودا و شك فى سقوطه و الاصل عدم تحقق المسقط فالخيار بحاله.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۵

قوله: ثم انه لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الاخر (۱).

قوله: لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض (۲).

**[لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الآخر]**

أقول: ان الامر كما ذكره المصنف، فانه لا وجه لسقوط خيار الاخر، و لو أجاز أحدهما و فسخ الاخر مقارنا له انفسخ العقد، و ليس المقام من باب تعارض الاجازه و الفسخ لاختلاف المتعلق لان متعلق كل منهما التزام نفسه، و لا بد فى التعارض من وحده المتعلق، كما لو أجاز الوكيل و فسخ الاصيل أو بالعكس

فانه من باب التعارض بين الفسخ و الاجازه.

ان قلت: انه لو فسخ الموكل و اجازه الوكيل ففسخ الموكل مقدم عليه، لان الوكيل صار منعزلا بفسخ الموكل.

قلت: و يرد عليه أولا ـ ان العزل من العناوين التى يعتبر فيها القصد و الانشاء، و من الممكن أن يكون الموكل غافلا ـ عن عزل وكيله حين فسخ العقد أو لم يقصده، فمجرد الفسخ لا ـ يكون عزل الوكيل عن الوكاله. نعم ان الموكل بفسخه يعدم موضوع الوكاله، الا أن هذا غير العزل كما هو واضح. و ثانيا ان الوكيل بمجرد العزل لا يكون منعزلا بل يشترط فيه ايصال العزل اليه.

**[لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض]**

أقول: قد بينا آنفا أن تعارض الفسخ و الاجازه يتحقق فيما اذا اتحد متعلق الاجازه و الفسخ، و مثل المصنف قدس سره للتعارض بخيار الورثه المتعددين و تقارن الفسخ و الاجازه منهم، الا أن صحه التمثيل متوقفه على القول بأن الخيار لطبيعه الوارث، و فى هذه الصوره اذا تقارن الفسخ و الامضاء من شخصين كان كما اذا تقارن ذلك من ذى خيار واحد فيتحقق التعارض، و أما ان قلنا ان الخيار ليس لطبيعتهم بل لمجموعهم فالتمثيل المذكور غير صحيح،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۸۶

قوله: مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعان (۱).

كما أن الخيار لو كان لكل واحد منهم بقدر حصته فلا يدخل تحت الكبرى.

أما على الاول فلان الاثر مترتب على مجموع الإنشاءات فسخا أو إمضاء و أما على الثانى فلانه لا يرتبط أحدهم بما يصدر عن الاخر.

**[الثالث من مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعان]**

**اشاره**

أقول:

**و ينبغى أن نبحث فى المقام من جهات:**

**(الجهه الاولى) انه هل الافتراق مسقط للخيار على نحو الموضوعيه أو بكشفه النوعى عن الرضا بلزوم العقد،**

**و ما يمكن أن يقال بوجه الكاشفيه أمران:**

**الاول– ان الافتراق كاشف نوعى عن الرضا بالعقد.**

و فيه أولا- انه لو كان الافتراق مسقطا للخيار من جهه كونه كاشفا عن الرضا لكان اللازم أن يسقط جميع الخيارات بمجرد الافتراق و لم يلتزم به أحد.

و ثانيا- انا لا نسلم أن يكون للافتراق كاشفا نوعيا عن الرضا، فانه أعم منه لاحتمال أن يكون غافلا عن الحكم أو الموضوع حين الافتراق أو جاهلا- بهما أو لم يكن مسلما أصلا. نعم لو كان ملتفتا الى الخيار و الى أنه يسقط بالافتراق و هو معتقد به لكان افتراقه كاشفا عن رضاه.

و ثالثا- انا سلمنا أن الافتراق له ظهور نوعى فى الكاشفيه عن الرضا الا أنه لا قيمه له لعدم قيام الدليل على اعتبار الظهور النوعى، بل المعتبر الظهور الشخصى و هو مفقود هنا باعتراف المستدل.

و رابعا- ان الرضا بلزوم العقد لا يلازم سقوطه، و من الممكن أن يكون راضيا به و لم يسقطه، بل لو صرح بالرضا و لم يسقط لا يسقط الخيار، لان الاسقاط أمر قصدى إنشائى فلا يحصل بلا قصد.

**الثانى– ظهور بعض الروايات الدال على مسقطيه الافتراق،**

و المستفاد منه أن المسقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا لا مطلق الافتراق، و هو ما رواه الفضيل عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى حديث قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟



...

قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «۱».

فان الروايه تدل على أن الافتراق مسقط للخيار بعد الرضا منهما، فمطلق الافتراق ما لم يكشف عن الرضا لا يكون مسقطا.

أقول:

**ان فى قوله «بعد الرضا» احتمالات:**

**الاول: اراده الرضا بالعقد**

بمعنى أنه لو تحقق العقد و لم يفسخ قبل الافتراق يلزم، فانه لو تحقق الرضا بأصل المعامله و حصل التفرق يلزم العقد.

**الثانى: اراده الرضا ببقاء المعامله،**

بمعنى ان العقد مرضى بقاء و لم يفسخ فى المجلس.

**الثالث: أن يكون المراد ان الافتراق حيث حصل عن الرضا لا عن الاكراه فالعقد يلزم.**

و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل الخيار أنه باق الى حين التفرق و ان التفرق بنفسه مسقط للخيار.

**(الجهه الثانيه) فى أنه هل الافتراق يحصل بمسماه و لو أقل من خطوه**

كما يظهر ذلک من المصنف قدس سره، أو يعتبر فيه الخطوه كما هو قول بعض، أو لا بد فيه من الصدق العرفى؟ أقوال و البحث يقع تاره على مقتضى القاعده، و أخرى على مقتضى النص، فيقع البحث فى موضعين:

أما الموضع الاول فأفاد الشيخ ما حاصله ان معنى الافتراق مع كونهما مجتمعين حين العقد افتراقهما بالنسبه الى الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فاذا حصل مسمى الافتراق ارتفع الخيار و ان كان أقل من خطوه، فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. و يظهر من تصريح بعض التأمل فى كفايه الخطوه لانصراف الاطلاق الى أزيد منها فيستصحب الخيار. و الحق أنه

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٨٨

...

يكفى صدق الافتراق و لا خصوصيه للخطوه، فان الحكم مترتب على عنوان التفرق، و لا مجال للاستصحاب اذ لا مجرى له مع الاصل اللفظى، مضافا الى أن هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

و أما الموضع الثانى ففى المقام روايه عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر يقول: بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطا ثم رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا «١».

فيستفاد منها ان الافتراق يحصل بمشى خطا و لا تكفى خطوه واحده أو خطوتان.

ان قلت: ان دلاله الروایه على عدم كفایه خطوه أو خطوتین مبتنیه على مفهوم اللقب، و هو منتف كما حقق فی الاصول.

قلت: ان اللقب لیس له المفهوم، الا أن الامام علیه السلام كان فی مقام بیان ما یجب به البیع و تحدیده، و

مفهوم التحدید حجه کما بیناه مرارا، فیستفاد من الروایه أن الافتراق یحصل بما یصدق علیه الخطاء.

لعل القائلین بعدم کفایه الاقل من ثلاث خطوات تمسکوا بهذه الروایه، و التحقیق أن یقال: ان الروایه المذکوره حاکیه عن فعل الامام علیه السلام و لیس لها اطلاق لیستدل به علی عدم کفایه الاقل من الثلاث خطوات، و من المحتمل أن الخروج من مجلس البیع کان متوقفا علی مشی الخطی و لم یکن الافتراق حاصلا فی خصوص المجلس من أقلها. و علی أی حال لا تکون الروایه دلیلا علی اعتبار ثلاث خطوات فی حصول الافتراق. و الحاصل انه یمکن أن مجلس المعامله کان بحیث لا یتحقق الافتراق الا بما فعله، فان خصوصیات المجلس مجهوله لدینا.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخیار، الحدیث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۸۹

قوله: مسأله المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اکراه اذا منع من التخایر أیضا (۱).

**(الجهه الثالثه) فی أنه هل یعتبر فی حصول الافتراق الحرکه من الطرفین أو یحصل بحرکه أحدهما و بقاء الاخر فی مکانه؟**

الحق أن یقال: لا یعتبر الحرکه من الطرفین فی صدق الافتراق عرفا، و النص المتقدم آنفا أیضا دال علی ذلک، فانه علیه السلام قام و مشی خطی مع بقاء الطرف الاخر فی مکانه کما هو الظاهر من الروایه.

### [مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إکراه إذا منع من التخایر أیضا]

#### اشاره

أقول: المسأله ذات صور أربع ثبوتا: الاولی أن لا یکون مکرها علی الافتراق دون التخایر، الثانیه أن یکون مکرها علی الافتراق و التخایر، الثالثه أن یکون مکرها علی الافتراق دون التخایر، الرابعه عکس الثالثه.

و المشهور علی ما نسب الیهم سقوط الخیار فی جمیع الاقسام الا فی صوره واحده و هی ما لو کان مکرها فی کلا الامرین.

**و ما یمکن أن یقال فی وجه عدم تأثیر الافتراق و بقاء الخیار أمور:**

**الاول – الاجماع.**

و فيه ان المنقول منه غير حجه و المحصل غير حاصل، و على فرض حصوله محتمل المدرك.

**الثانى – الشهره الفتوائيه.**

و فيه أنه قد ثبت فى محله عدم حجيتها.

**الثالث – ان الظاهر من الدليل أن الافتراق المسقط للخيار هو ما يكون عن اختيار فما دام لا يكون اختياريا لا يكون مسقطا.**

و فيه ان الفعل مركب من الماده و الهيئه، أما الماده فوضعت للدلاله على الحدث، و أما الهيئه فلدلاله على الانتساب مطلقا سواء كان اختياريا أم لا بل يصح الاستناد اليه، و ان كان الفعل الصادر عن الفاعل حال النسيان أو الغفله أو الاضطرار. و لذا ترى أن قوله «من أتلف مال الغير» أعم من الاختيار و غيره، اذ لا يعتبر فى اسناد الفعل الى الفاعل الا قيامه به أو صدوره منه، فمجرد اسناد الماده الى الفاعل المختار لا يوجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۰

...

الظهور فى دخل الاختيار.

نعم فى ماده بعض الافعال خصوصيه يعتبر فيها القصد و الاراده كالتعظيم و غيره، الا أنه لا دخل له بالاسناد. اضف الى ذلك كله ان الاكراه لا يسلب الاختيار كما هو ظاهر، فلا موضوع لهذا التقريب أصلا.

**(الرابع) حديث رفع الاكراه،**

و هو قوله صلى اللّه عليه و آله «رفع عن أمتى تسعه، الخطأ و النسيان و ما اكرهوا عليه» «۱»، بتقريب أن حديث الرفع لا اختصاص له بالاحكام التكليفيه بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا، فاذا أكره على الافتراق لا يترتب عليه الاثر المترتب على الافتراق الاختيارى.

و أورد عليه بوجهين:

الاول – ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله ان حديث الرفع مجعول امتنانا للامه فان بقاء الخيار و عدم ترتب الاثر على الافتراق و ان كان امتنانا لذى الخيار الا أنه خلاف الامتنان بالنسبه الى من عليه الخيار.

أقول: قد بينا فى بحث الاصول ان ما أفاده الاستاذ لا يساعد عليه، لعدم قيام الدليل على أن حديث الرفع يجرى فيما كان امتنانا

على جميع الامه، و قلنا انه يكفى فى جريانه أن يكون امتنانا بالنسبه الى من يجرى له و ان كان خلاف الامتنان

بالنسبه الى غيره.

و الثانى- ما أورد المحقق النائينى قدس سره بأن مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلق التكليف كالحد، و لا يجوز تعميم حديث الرفع لموضوعات التكاليف، و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام عن كره يجب عليه القصر.

---

(۱) توحيد الصدوق باب الاستطاعه ص ۳۶۴، الوسائل، الجزء (۱۱) الباب (۵۶) من أبواب جهاد النفس.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۱

...

و فيه: أولا- ان هذا خلاف مبناه فى الاصول، و ثانيا لا وجه لهذا التفصيل فانه كما حققنا فى الاصول لاختصاص له بمتعلقات الاحكام بل هو يجرى فى الموضوعات أيضا، فان فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له.

و أما وجوب التمام فى القصر فلا دلاله له على عدم شمول الحديث لموضوعات المكره عليها، لأنه متفرع على العلم باقامه عشره أيام و الاكراه على الاقامه و هى ليست موضوعا للحكم، بل الموضوع العلم بالاقامه عشره أيام و هو غير مكره، فما هو موضوع للإكراه ليس موضوعا للحكم، و ما هو موضوع للحكم ليس موضوعا للإكراه.

ان قلت: ان حديث الرفع متكفل لرفع الاحكام التكليفيه و أما الوضعيه فلا يشملها.

قلت: قد نقحنا فى محله بأنه لا اختصاص لحديث الرفع بالاحكام التكليفيه بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا.

ان قلت: ان موضوع خيار المجلس عباره عن الاجتماع، و الاكراه انما وقع على الافتراق و هو ضد الاجتماع، و هو ليس موضوعا للحكم بل هو غايه و طرف لما هو موضوع الحكم، فلا وجه أن يتمسك بحديث الرفع للمقام.

قلت: ان فى المقام موضوعين: أحدهما اجتماع و حكمه الخيار، و الاخر افتراق و حكمه لزوم العقد، فالافتراق موضوع للزوم البيع اذا حصل عن اختيار و أما اذا اكره عليه فلا

يترتب عليه حكمه أعنى لزوم العقد، و لا يكون لازما بل يبقى على جوازه الذى كان قبل الافتراق.

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنه يمكن أن يقال: ان حديث الرفع ناظر الى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۲

...

الافعال التى يعتبر فيها القصد و الاختيار، و بعباره أخرى المستفاد من الحديث أن الفعل بما أنه صادر عن الفاعل لو كان موضوعا لحكم يرتفع ذلک الحكم عند الاكثر، و أما لو كان الاثر مترتبا على معنى اسم المصدر و لا يعتبر فيه القصد فلا مجال للحديث و التمسک به.

**(الخامس) ما رواه فضيل عن أبى عبد اللّه عليه السلام**

حيث قال عليه السلام:

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا «۱»، بدعوى أن المستفاد من الروايه أن الافتراق بما أنه دال على الرضا يسقط الخيار ففيما لا يكون كذلک لا يكون مسقطا.

و فيه: انه لا شبهه أن الافتراق غير دال على الرضا فيما لا يكون الشخص غير معتقد بالشرع، أو يكون جاهلا بالحكم، أو يكون غافلا عنه، مضافا الى ان الاسقاط أمر قصدى و لا يحصل بمجرد الرضا. فهذا الدليل أيضا غير تام.

و حيث ظهر أن مقتضى القاعده سقوط الخيار حتى مع الاكراه بالنسبه الى كلا الامرين يظهر أن الحق سقوطه فى القسمين الاخيرين بالاولويه. و ان شئت قلت: لو أكره على التفرق و بقى مختارا يصدق انه باختياره لم يفسخ قبل التفرق، كما أنه لو اكره على عدم الفسخ و بقى مختارا بالنسبه الى الافتراق يصدق أنه باختياره فارق مجلس العقد.

و ربما يتمسک لبقاء الخيار بالاستصحاب- أى استصحاب الخيار، و لا مورد له، فانه لا مجال للأصل مع الدليل، و المفروض أن مقتضى اطلاق الدليل سقوطه مضافا الى أن هذا الاصل معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فلاحظ.

---

(۱) الوسائل، الجزء

(۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۳).



## [مسأله لو أکره أحدهما علی التفرق و منع من التخایر و بقی الآخر فی المجلس]

قوله قدس سره: مسأله لو اکره أحدهما علی التفرق و منع من التخایر و بقی الاخر فی المجلس فان منع من المصاحبه و التخایر (۱).

أقول: لا یخفی أنه لا یبقی مجال لهذا البحث علی ما سلکناه من عدم تأثیر الاکراه و ان الخیار یسقط لا محاله بحصول التفرق، فانه لو أکره أحدهما مع اختیار الاخر فیدخل الفرض فی المسأله السابقه و أما مع اکراه الاخر أیضا من المصاحبه، فمقتضی الاطلاق سقوط الخیار بحصول الافتراق.

و أما لو قلنا بتأثیر الاکراه و شمول حدیث الرفع للمقام فلا بد من البحث فنقول للمسأله صورتان: «احداهما» ما لو أکره أحدهما علی التفرق و منع من التخایر و بقی الاخر مختارا، «ثانیتهما» عکس الاولی.

و الصوره الاولی من الصورتین وقعت محل البحث، و اذا ظهر الحکم فی الصوره الاولی یظهر فی الصوره الثانیه، و الاقوال حسب ما یظهر من کلام المصنف قدس سره أربعه: سقوط الخیار عنهما، و بقاؤه بالنسبه الی کلیهما بالنسبه الی المکره، و سقوطه بالنسبه الی المختار فیما فارق المجلس، و بقاؤه بالنسبه الیه ما دام باقیا فی المجلس.

و العمده فی المقام النظر الی الادله، فان الدلیل لو کان الاستصحاب فمقتضاه بقاء الخیار بالنسبه الی کلیهما مطلقا، لکن قلنا بأن الاستصحاب فی الحکم الکلی معارض بعدم الجعل، و بعد التعارض تصل النوبه الی عموم وجوب الوفاء.

و ان کان المدرک الاجماع، فلا اجماع، اذ نری أن الاقوال مختلفه، و علی تقدیر تحققه و غض النظر عن کونه مدرکیا لا اجماع بالنسبه الی المختار.

و ان کان المدرک حدیث الرفع فمقتضاه بقاء الخیار بالنسبه الی کلیهما، اذ

المدعى على هذا الفرض أن التفرق المسقط ما يكون بالاختيار، و حيث أنه ليس



...

اختياريا فالخيار باق على حاله، لكن ذكرنا أن الحديث لا يشمل المقام، اذ القصد و الاختيار لا يكونان دخيلين فى الموضوع. و ان كان المدرك التبادر المدعى فالخيار باق، لان المتبادر من الدليل خلافه.

و ان كان المدرك تبادر الافتراق بما اذا كان ذلك عن رضاء، فالافتراق الاكراهى لا يكون مسقطا للخيار، لكن ذكرنا انه لا منشأ لهذا المدعى و لا يتبادر من اللفظ هذا المعنى.

و ان كان المدرك صحيحه الفضيل المذكوره آنفا حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» «۱» بدعوى أنه يستفاد منها لزوم كون الافتراق عن الرضا و مع عدم الرضا من جانب واحد لا يتحقق الغايه فالخيار باق.

فيرد عليه: انا علمنا من الخارج أن الافتراق لو حصل من طرف مع الرضا يسقط الخيار و لا يلزم أن يكون ناشئا عن رضا الطرفين.

و ربما يقال: بأن صحيح فضيل يقيد بما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام، حيث أنه يدل هذا الخبر على أن الافتراق من طرف واحد يكفى فيقيد به صحيح فضيل.

و يرد عليه: انه لا وجه لهذا النحو من الجمع، بل الامر بالعكس، اذ خبر ابن مسلم يدل على الكفايه بالاطلاق، و المفروض أن صحيح فضيل يدل على المقصود و يستفاد منه لزوم الافتراق عن رضى الطرفين، و قاعده الاطلاق و التقييد تقتضى حمل المطلق على المقيد دون العكس. فلاحظ.

و لا يخفى أن هذا البحث تقديرى و الا فقد سبق منا أنه ليس المراد من

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

قوله: مسأله لو زال الاكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال (١).

الرضا الرضاء ببقاء العقد و لزوم المعامله، فان كثيرا من المتعاملين خارج عن الشرع أو من الجاهلين بوجود خيار المجلس فى الشرع أو ناسيين له، و الحال أن افتراقهما مسقط للخيار.

بل يمكن أن يكون المقصود أنه اذا وقع المعامله و كان المتعاملان راضيين به فلا خيار، أى بعد رضاهما بأصل العقد من ناحيه، و انقضاء المجلس من ناحيه اخرى، فلا خيار و يكون العقد لازما.

**[مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال]**

أقول: لاـ يخفى أن هذا البحث مبتنى على القول بتماميه أدله بقاء الخيار و أما على ما اخترناه و بيناه من عدم تماميتها فلا مجال لهذا البحث، فنقول:

على تقدير الالتزام بأن الاكراه مؤثر فى بقاء الخيار فيقع الكلام فى أن الخيار فورى، أو يبقى الى انقضاء مجلس زوال الاكراه، أو يبقى الى أن يحصل مسقط آخر من المسقطات. فالوجوه المتصوره فى المقام ثلاثه: الاول الفوريه بدعوى ان الضرورات تتقدر بقدرها، الثانى أن الميزان التفرق عن مجلس زوال الاكراه بتقريب ان الاكراه ما دام باقيا لا اعتبار بالافتراق، الثالث بقاء الخيار الى زمان حصول مسقط آخر بدعوى أنه بالاكراه سقط هذا المسقط عن الاعتبار.

و التحقيق أن يقال: بناء على القول بتماميه أدله بقاء الخيار و دلالتها على عدم سقوطه بالافتراق عن اكراه فلا بد من النظر الى مدرك بقاء الخيار و دليله، فان كان الدليل هو الاجماع فلا بد أن يقال: بفوريه الخيار بعد زوال الاكراه و بسقوطه اذا لم يختر، فان القدر المتيقن من بقاء الخيار ما اذا كان مكرها على الافتراق، و أما بعد الزوال فيسقط الخيار الا أن يأخذ

بالخيار فورا، فان

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۹۶

...

هـذا البحـث يكـون مـن صـغريات الكـبرى الكلى المعروف، و هـو أن بعـد تخصـيص العـام يكـون المرجـع استصـحاب الحكم المخصـص أو عموم العام، و على القول الاول لا بد أن يقال بعدم لزوم الفوريه. و الحق هو الثانى، فان استصـحاب الحكم الكلى معارض بعدم الجعل، مضافا الى أنه مع وجود الدليل اللفظى لا تصل النوبه الى الاصل العملى.

و لا فرق فيما ذكر- أى فى الاخـذ بعموم العام- بين أن يكون التخصـيص من الاول أو من الوسط، كما أنه لا فرق بين أن يكون العموم استغراقيا أو مجموعيا، فان المرجع عموم العام، و هو فى المقام قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و أمـا اذا كـان المـدرك التبـادر بـأن نقول يتبادر من الـدليل أن الموضوع الافتراق عن الرضا فيكون أمـد الخيار و غايته الافتراق الاختيـارى الصـادر عن اراده و رضـاء، و أمـا الاـفتراق المحقـق عن اكراه فليس افتراقـا عن رضـاء، فلاـ يمكن أن يتحقق به غـايه الخيـار، و امـا الاـفتراق الاـخر المتحقق مع الرضـا الـذى به ينتهى أمـد الخيـار فلاـ يمكن أن يتحقق ثانيا الا بـدعوى القول باعاده المعدوم ثانيا و هو مما امتنع فيكون الخيار باقيا الى أن يسـقط بمسـقط آخر حتى على القول بانصـراف الدليل عن مورد لا يكون الافتراق ممكنا كالمتلاصقين اذ الافتراق فى المقام امر ممكن كما هو ظاهر.

و اما اذا كان المـدرك صـحيحه الفضـيل المتقدمه آنفا و هى قوله عليه السـلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» بتقريب أن يكون المراد منه الرضا بلزوم العقد، فعلى هذا أيضا يبقى الخيار الى أن يسـقط بمسـقط آخر بنفس التقريب الذى بيناه، و حاصله ان غايه خيار المجلس عباره

عن الافتراق الناشئ عن الرضا بلزوم العقد، و أما الافتراق المتحقق عن اكراه فلا يكون غايه للخيار،

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۹۷

قوله: و من مسقطات هذا الخيار التصرف على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط (۱).

فالافتراق الحاصل غير مؤثر و ما يكون مؤثرا لا يكون قابلا للتحقق.

و أما اذا كان المدرك حديث الرفع- بأن يكون الافتراق عن اكراه مسلوب الاثر- فالامر أيضا كذلك، فان الاكراه يرفع أثر الافتراق الاكراهى. و ان شئت قلت: الافتراق تحقق وجدانا لكن الاكراه رفع أثره، و الاجتماع العقدى زال و لا يعود الا على القول باعاده المعدوم، و هو أمر محال.

ان قلت: ان حديث الرفع يقتضى أن يكون التفرق الكرهى كلا تفرق، و بعد رفع الاكراه نأخذ باطلاق الدليل و نقول بأن الافتراق بحدوثه لا يسقط الخيار لكن يسقطه بقاء.

قلت: المستفاد من الدليل أن الرافع للخيار حصول الافتراق، فما حصل لا يؤثر و المؤثر لا يتحقق. و بعباره أخرى: ان المستفاد من الدليل ان المسقط الافتراق عن المجلس اختيارا و من المعلوم أنه لم يتحقق و لا يكون قابلا للتحقق.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بالفوريه الاعلى القول بكون المدرك الاجماع، كما أنه لا وجه للقول بكون المناط زوال مجلس الاكراه بدعوى أن حديث الرفع يجعل مجلس العقد باقيا، فالميزان بالتفرق عن هذا المجلس، اذ المستفاد من دليل رفع الاكراه رفع الحكم عند الاكراه و لا يثبت موضوع الخيار. و بعباره أخرى: حديث الرفع ينفى الموضوع، أى لا يسقط الخيار لان الافتراق لم يحصل، و لا يستفاد منه أن موضوع الخيار و هو مجلس العقد باق بحاله.

**[الرابع من مسقطات هذا الخيار التصرف]**

**اشاره**

ما يمكن أن يذكر فى وجه كون التصرف مسقطا لخيار

المجلس أمور:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۸

**(الامر الاول) الروايات الوارده فى خيار الحيوان:**

منها ما رواه على بن رئاب عن أبى عبد اللّه عليه السلام: فان أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضى منه فلا شرط «۱».

و منها أيضا ما رواه على بن رئاب عن أبى عبد اللّه عليه السلام فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط «۲».

تقريب الاستدلال بهما أن الامام عليه السلام رتب سقوط الخيار على التصرف بقوله «فان أحدث المشترى فلا شرط» أو «فقد انقضى الشرط»، و الروايتان و ان وردتا فى باب خيار الحيوان الا أن جوابه عليه السلام أعم منه، و المتفاهم العرفى أن التصرف مطلقا سواء كان فى حيوان أو فى غيره مسقط للخيار.

و الجواب عنه نقضا و حلا:

أما النقض فبما مر فى خيار المجلس فى صحيحه الفضيل، حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، تقريب النقض أن سقوط الخيار فى الصحيحه مترتب على الافتراق، فلا بد من الالتزام بسقوط مطلق الخيار بالتفرق للإطلاق المدعى، و هو كما ترى.

و أما الحل فان المستفاد من الروايه أنه يسقط خيار الحيوان بالتصرف لا مطلق الخيار فان مورد السؤال خيار الحيوان، و هذا لا من جهه خصوصيه السؤال، اذ المناط اطلاق الجواب، بل المدعى أن العرف لا يفهم الاطلاق من الكلام و لا أقل من الاجمال، و الظاهر أن الروايه الاولى ليس فيها سؤال لكن المستفاد منها ليس مطلق الخيار.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث (۱).

(۲) نفس المصدر، الحديث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۹۹

...

مضافا الى أنه اذا أغمضنا عما ذكرنا و قلنا ان التصرف مسقط

للخيار بمقتضى الروايه الا أنه لا بد أن نقول بأن تصرف المشترى مسقط لخياره، و لا وجه للتعدى الى البائع، فان المتفاهم من الروايات الوارده فى خيار الحيوان أن تصرف المشترى مسقط لخياره، فلا وجه للقول بكون التصرف مسقطا للخيار على الاطلاق.

ان قلت: اذا ثبت أن التصرف فى الجمله و لو من المشترى مسقط للخيار فيكون تصرف البائع أيضا مسقطا لعدم القول بالفصل.

قلت: ان عدم القول بالفصل ان كان مرجعه الى الاجماع فلا يترتب عليه الاثر، فان المنقول منه ليس حجه و المحصل منه غير حاصل، و ان لم يرجع الى الاجماع فعدم اعتباره أوضح من أن يخفى.

أضف الى ذلك كله أنه لو التزم بهذا القول يلزم أن يسقط الخيار من الطرفين بتصرف أحدهما للإطلاق، و أنى لنا بذلك و لا يلتزم به أحد.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك فنقول: يقع التعارض بين الدليل الدال على أن التصرف مسقط للخيار و بين قوله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، فان مقتضى هذه الروايه جواز البيع ما لم يفترقا سواء تصرف فيه أم لا، و مقتضى ذلك الدليل سقوط الخيار، و النسبه بين الدليلين عموم من وجه، فيتعارضان فى مورد الاجتماع بالاطلاق فيسقطان عن الاعتبار، فتكون المسأله داخله تحت النزاع المعروف بأن المرجع بعد تخصيص العام استصحاب حكم المخصص أو عموم العام. و الحق هو الثانى، فالمرجع عموم دليل وجوب الوفاء، فان عموم العام محكم بما اذا كان التخصيص من الاول، مضافا الى أن الاستصحاب لا يجرى فى الحكم الكلى للمعارضه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۰

**(الامر الثانى) عموم التعليل الوارد فى الروايه،**

و هو قوله عليه السلام: فان أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلک رضى منه فلا شرط «۱».

توضيحه

أنه يشترط فى القضيه الشرطيه التناسب بين المقدم و التالى، بأن يكون ارتباط خاص بينهما، بحيث كلما يتحقق المقدم يكون التالى محققا، كالارتباط الحاصل بين الشمس و النهار.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الروايه المذكوره قد تشكلت من مقدم أعنى قوله «اذا احدث ...» و التالى أعنى قوله «فذلك رضى منه»، و لا- يرى ارتباطا بين احداث الحدث و الرضا، فان معنى الرضا بالبيع اسقاط الخيار، فلا بد أن يلتزم بأن العله قامت مقام الجزاء فى المقام، أى ان أحدث المشترى حدثا فالخيار ساقط، كما يلتزم ذلك فى قوله تعالى «ان كذبوك فقد كذب رسل من قبلك»، أى ان كذبوك فلا تحزن. و على هذا يكون معنى الروايه ان الشارع جعل احداث الحدث مسقطا للخيار، و هو سبب لسقوطه، و بما أن العله تعمم و تخصص كما فى قوله «الخمر حرام لأنه مسكر» يتعدى الى موارد أخر أيضا و يحكم بسقوط الخيار بالتصرف.

و الجواب عنه: ان القانون الكلى الذى ذكرتم- و هو أن العله تعمم و تخصص- غير قابل للإنكار الا أنه لا ينطبق على المقام، فان تشخيص العله فى قوله «الخمر حرام لأنه مسكر» بيد العرف و يلتزم بتسريه الحكم الى كل مورد تكون هذه العله موجوده، و أما فى المقام فالعله عباره عن اسقاط الشارع، و من الظاهر أنه فى كل مورد يتحقق هذا الحكم من الشرع نلتزم به، لكن الكلام فى ثبوت هذا المعنى و لم يثبت فى غير خيار الحيوان.

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۱

قوله: الثانى خيار الحيوان، لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشترى (١).

**(الامر الثالث) أن يكون التصرف فى البيع كاشفا نوعيا عن الرضا بلزوم العقد،**

و

المسقط التصرف الذى له كاشف نوعى عن الرضا.

و الجواب عنه:

أولاـ ان التصرف بما هو ليس بكاشف نوعى عن الرضا بلزوم البيع، فان بينهما فى مقام الاثبات عموم من وجه فكيف يكشف أحدهما عن الاخر.

و ثانيا- على فرض كونه كاشفا انما يكون له هذا الكشف فيما يكون المتصرف متوجها، و أما الغافل أو من لا يكون معتقدا بالدين فلا يتم فى حقه هذا التقريب.

و ثالثا- ان اسقاط الخيار أمر قصدى إنشائى لا يحصل بمجرد الرضا.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بكون التصرف مسقطا لخيار المجلس.

هذا تمام الكلام فى خيار المجلس.

## [القسم الثانى خيار الحيوان]

### اشاره

اقول: لاـ خلاف بين الاماميه فى ثبوت خيار الحيوان و لا اشكال فى ثبوته فى الجمله، و تدل عليه جمله من النصوص: منها ما رواه الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثه ايام للمشترى، و هو بالخيار فيها ان شرط او لم يشترط ... «۱» و غيره من النصوص الوارده فى المقام، و انما الاختلاف فى خصوصياته،

### و التحقيق فيها يقع فى ضمن فروع:

### (الفرع الاول) انه هل يختص خيار الحيوان بالحيوان المقصود حياته،

فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الاناء يكون خارجا أو يعم ذلك.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب الخيار، الحديث (۱).

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله اختصاصه بالحيوان المقصود حياته، و لكن التحقيق أن يقال: ان مقتضى الاطلاقات الوارده فى الباب عمومه لكل ذى حياه، سواء كان المقصود حياته أم لا.

**(الفرع الثانى) انه هل يكون تلف الحيوان فى أيام الثلاثه ممن لا خيار له أم لا؟**

و الظاهر أنه ممن لا خيار له لقاعده ان التلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له. نعم اذا علم المشترى بالحال و اشترط عليه أن الخسران عليه يكون الخسران على البائع، لكن هذا فرض خارج عن محل الكلام.

**(الفرع الثالث) فى منتهى خيار الحيوان،**

و فيه وجوه ثلاثه: أحدها استمراره الى الثلاثه، ثانيها بقاؤه الى الثلاثه مع بقاء الحياه و الى زمان موته ان فرض موته قبل الثلاثه، ثالثها كونه فوريا.

و الحق أن يقال: ان الامر دائر بين ثبوت الخيار و بقائه الى الثلاثه و عدمه، اذ دليل الخيار اما يشمل و اما لا يشمل، فعلى فرض الشمول يثبت الخيار و يبقى الى الثلاثه و لو مع تلف العين فان موضوع الخيار هو العقد لا العين كى يتوجه اشكال بقاء الخيار بلا موضوع، مضافا الى أنه اشكال عام فى جميع موارد الخيار و الجواب ما ذكرنا.

**(الفرع الرابع) ان هذا الخيار هل يختص بالمبيع المعين أو يعم الكلى أيضا؟**

**اشاره**

أفاد المصنف قدس سره ان المنساق فى النظر من الاطلاقات هو الاول، و المتراءى من النص و الفتوى هو الثانى.

و يرد عليه: أولا أنه لا يوجد نص خاص فى المقام و الادله منحصره فى الاطلاقات، و ثانيا اذا كان العموم مستفادا من النص فلما ذا اختار الاختصاص.

و الانصاف عمومه للبيع الكلى أيضا، سواء كان الكلى فى الذمه أو فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۳

...

المعين، و ذلک للإطلاق.

و يؤكد المدعى ما رواه فضيل: سئل ما الشرط فى غير الحيوان أولا، فأجاب عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. و سأل السائل بقوله: ما الشرط فى الحيوان ثانيا، فأجاب عليه السلام: ثلاثه ايام للمشترى «۱».

و فى خيار المجلس لم يلتزم أحد باختصاصه بالشخصى، و لا وجه لاختصاصه به فى المقام، مع أن سياق الروايه واحد، فكما أن خيار المجلس لا يختص بالمبيع الشخصى فكذلك خيار الحيوان، و التفصيل بينهما خلاف ظاهر الروايه.

### و ما يمكن أن يقال فى وجه اختصاص خيار الحيوان بالمبيع الشخصى أمران:

#### (أحدهما) الانصراف،

بدعوى أن الدليل منصرف عن الكلى لقله وجوده بالنسبه الى الشخصى.

و يرد عليه: أولا ان المدرك المذكور بعينه موجود فى الكلى فى المعين، فانه أيضا أقل وجودا من المبيع الشخصى، و المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان خيار الحيوان فيه أيضا و هو لا يلتزم به.

و ثانيا- ان الكلام المذكور جار فى خيار المجلس أيضا، فلما ذا لا يقول باختصاص خيار المجلس بالشخصى.

و ثالثا- ان الاطلاق لا يكون منصرفا عن الفرد النادر، نعم لا يكون منصرفا اليه و بينهما بون بعيد فلا يختلط أحدهما بالاخر.

و رابعا- ان قله الوجود قد تكون نسبيه، فان الشى ء، ربما يكون بالنسبه الى شى ء آخر قليل الوجود و ان كان يوجد فى الخارج كثيرا فى نفسه، و الاطلاق

على فرض انصرافه عن الوجود النادر انما ينصرف عنه اذا لم يكن من هذا القبيل بل كان نادرا فى نفسه.

**(ثانيهما) ان حكمه جعل الخيار و تشريعه للتروى فى المبيع بأنه معيب أم لا،**

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۲) الباب (۱ و ۳) من أبواب الخيار، الحديث ۳ و ۵.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۴

قوله: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى (۱).

و لا محل للتروى فى المبيع الكلى.

و فيه: أولا ان العيب بنفسه موجب للخيار للشرط الضمنى الارتكازى، فلا تكون الحكمه هو العيب.

و ثانيا- أغمضنا عما ذكرنا لكن نقول: ما الدليل على هذا المدعى، فانه من الممكن أن يكون الوجه للخيار التروى و اختيار أحد الطرفين.

و ثالثا- ان ملاک تشريع خيار الحيوان لو كان ما ذكره المستدل فلا بد أن يلتزم بعدم خيار الحيوان فيما اذا كان المشترى عالما بالعيب فى الحيوان، و هو كما ترى.

و رابعا- أنه سلمنا أن حكمه جعل خيار الحيوان حل العقد فى صوره ظهور العيب فى المبيع الا أنها غير موجبه لقصر الحكم على موردها. و بعباره أخرى:

ان الحكم لا يكون مقصورا على مورد وجود الحكمه، و الفرق بين الحكمه و العله أن الحكم عام فى الاول و دائر مدارها فى الثانى. فتحصل من جميع ما ذكرنا أن خيار الحيوان لا يختص بالمبيع الشخصى بل يعم الكلى أيضا، سواء كان كليا فى المعين أو فى الذمه.

**[المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى]**

**اشاره**

أقول: يقع البحث فى مقامين: أحدهما ان خيار الحيوان يختص بالمشترى او يعم البائع أيضا كما ذهب اليه السيد المرتضى، ثانيهما انه اذا كان الثمن حيوانا أيضا هل يثبت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان أم يثبت الخيار فيما يكون الحيوان منتقلا الى المشترى. و يجمع الفرعين ما لو بيع بقرشاه.

**(أما المقام الأول) و هو ما لو بيع بقر بعشره دنانير فهل يثبت الخيار للبائع كما يثبت للمشترى أو لا يكون الا للمشترى**

**اشاره**

المشهور فيما بينهم أنه لا يثبت الا للمشترى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۵

...

بل عن الغنيه و الدروس الاجماع على عدم ثبوته للبائع. و فى قبال هذا قول بثبوته للبائع أيضا، ذهب اليه المرتضى و ابن طاوس، بل عن الانتصار دعوى الاجماع عليه،

**و ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوته للبائع أمور:**

**الاول- الاجماع.**

و يرد عليه: أولا- انه اجماع منقول و ليس حجه، و ثانيا انه معارض بخلافه كما مر عليك، و ثالثا أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع مع ذهاب المشهور الى خلافه، و رابعا انه على فرض تحققه محتمل المدرك و لا يكون تعبديا.

و من الممكن أن يكون الوجه فى ادعاء الاجماع كونه على وفق الاصل، أى الاستصحاب ببعض التقريبات، فانه ربما يكون الوجه فى ادعاء الاجماع فى كلام القدماء كون الحكم موافقا للأصل.

**الثانى- استصحاب جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس**

و فيه أولا- ان الدليل أخص من المدعى، لا- مكان سقوط خيار المجلس بالاصاله أو بالعرض، ففى مثل هذا المورد لا يجرى الاستصحاب.

و ثانيا- ان هذا الاستصحاب من قبيل جريان الاستصحاب فى القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، لان الشك فى ارتفاع الكلى و عدمه ناش من احتمال وجود آخر مقارنا للفرد المعلوم ارتفاعه، و الاستصحاب المذكور غير جار كما حقق فى محله.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى الحكم الكلى معارض بأصاله عدم الجعل الزائد كما بيناه مرارا و حققناه فى محله.

**الثالث- ما رواه محمد بن مسلم عن ابى عبد اللّه عليه السلام**

قال: المتبايعان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۶

...

بالخيـار ثلاثه ايـام فى الحيوان و فيمـا سوى من ذلك من بيع حتى يفترقا «۱» و هذه الروايه تامه دلاله و سـندا، فانه يسـتفاد منها تعميم الخيـار للبائع و المشترى، الا أن فى مقابلها نصوص تـدل على اختصاص الخيار بالمشترى، فلا بـد من ملاحظه المجموع و اجراء القواعد عليه، فانتظر فانا نتعرض له عن قريب إن شاء اللّه.

**و استدل للقول المشهور بوجوه أيضا:**

**منها- الاجماع.**

و يرد عليه ما ورد فى سابقه.

**و منها- عموم دليل وجوب الوفاء،**

فانه يدل على لزوم العقد مطلقا و انما خرج عنه المشترى فيما اذا كان المبيع حيوانا و بقى الباقى تحته.

و لا وجه لما ذكره الشيخ قدس سره من فرض الكلام فيما لا يوجد خيار المجلس و اتمام الكلام فى غيره بعدم القول بالفصل، اذ فيه أولا- ان عموم العام محكم أعم من أن يكون له عموم الزمانى أم لا، و لا يجرى استصحاب الحكم الخاص، و على تقدير القول به انما نلتزم به فيما يكون التخصيص من الوسط لا من الاول كما فى المقام. و ثانيا ان الاجماع لا يكون حجه فكيف بعدم القول بالفصل.

**و منها- النصوص الداله على أن البيع يلزم بالافتراق فنلتزم باللزوم من طرف البائع فيما يكون المبيع حيوانا**

و نلتزم بالجواز من طرف المشترى، و من تلك النصوص ما رواه الفضيل بن يسار عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال:

قلت له مـا الشـرط فى الحيوان؟ قـال: ثلاثه أيام للمشترى. قلت: و ما الشـرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا ... «۲».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب الخيار، الحديث (۳).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۱ و ۳ من أبواب الخيار، الحديث ۳ و ۵.



...

ان قلت: ان فی الروایه المذکوره فصل بین الحیوان و غیره، بأن الخیار فی غیر الحیوان ما لم یفترقا و الخیار فی الحیوان ثلاثه ایام، و التقسیم قاطع للشرکه فلا یشمل ما یکون المبیع فیه حیوانا.

قلت: بناء علی هذا لا بد أن نلتزم بعدم ثبوت خیار المجلس فی الحیوان، و هو کما تری. هذا أولا و ثانیا ان الدلیل لا ینحصر فی هذا الخبر کی یجری هذا البیان، لاحظ صحیح الحلبی علیه السلام قال فیه: أیما رجل اشتری من رجل بیعا فهما بالخیار ما لم

يفترقا فاذا افترقا وجب البيع «۱» فانه ليس فى هذا الخبر و مثله تفصيل كى يكون قاطعا للشركه.

و قد استشكل المحقق الايروانى على الشيخ بوجهين:

الوجه الاول: ان تمسك الشيخ لاختصاص خيار الحيوان بالمشترى بعموم «اذا افترقا وجب البيع» غير سديد، اذ معنى وجوب البيع هو عدم قابليته للانحلال، فاذا ثبت الخيار و لو لأحد المتبايعين لم يكن البيع واجبا بل كان مما يتطرق اليه الفسخ، و حينئذ فاذا ثبت الخيار للمشترى فى المقام ذهب قوله «وجب البيع» من قبيل العام و دليل الخيار لأحد المتبايعين من قبيل المخصص كى يتمسك بعموم وجب بالنسبه الى الاخر، و كأنه اشتبه الامر على المصنف و قاس المقام بخطاب «أَوْفُوا».

و الحق أن يقال: ان الامر اشتبه على هذا المحقق، فان معنى الخيار ملك فسخ عقد و حله، فان حل العقد قد يكون بيد المشترى و قد يكون بيد البائع، و ثالثه بيد الاجنبى و رابعه لا يكون قابلا للانحلال. و لا مانع من أن يكون حل

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲) من أبواب الخيار، الحديث (۴).



...

العقد بيد المشترى بخيار الحيوان دون البائع تمسكا بعموم دليل الافتراق، و أى فرق بين المقام و بين خطاب «أَوْفُوا»، فكما يجوز أن يتمسك بأوفوا لوجوب الوفاء بالنسبه الى المتبايعين الذى اذا خرج أحدهما يبقى الاخر تحت دليل وجوب الوفاء، فكذلك المقام، فما أفاده قدس سره ادعاء محض، و الامر مشتبه عليه لا على الشيخ قدس سره.

(الوجه الثانى) ان الوجوب المستفاد من قوله «فاذا افترقا وجب البيع» وجوب اضافى لا وجوب بقول مطلق، فان الخيار المنفى فى الذيل هو الخيار المثبت فى الصدر لا مطلق الخيار.

و الجواب عنه:

أولا ان قوله «وجب البيع» له اطلاق متفاهم عند العرف.

و بعباره أخرى: لا مانع من الاطلاق و لا دليل على التقييد.

و ثانيا- انه على فرض التسليم يختص هذا الاشكال بما فيه لفظ فاء التفريع و أما ما ليس فيه التفريع فلا مجال لهذا التوهم. لاحظ موثق عمار عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى جاريه بثمن مسمى ثم افترقا. قال: وجب البيع «۱».

**و منها- جمله من النصوص،**

و من تلك النصوص ما رواه محمد بن مسلم:

البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام «۲».

بتقريب أن الاختصاص يعلم من التقابل الذى وقع بين خيار المجلس و الحيوان، و لو لا ذلك لم يكن وجه للتقابل.

**و منها- ما رواه على بن اسباط**

عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال:

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۲) من ابواب الخيار، الحديث (۵).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخيار، الحديث (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۰۹

...

سمعته يقول: الخيار فى الحيوان ثلاثه للمشترى. و تقريب الاستدلال بها واضح لكن الروايه ضعيفه بعلى بن محمد «۱».

**و منها- ما رواه على بن رئاب**

قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشترى أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثه ايام نظره «۲».

فانه لا شبهه فی دلاله الروایه علی الاختصاص، و لا یرتبط بمفهوم اللقب و الوصف.

ان قلت: هذه الروایه وارده فی الجاریه و لا اطلاق فیها.

قلت: أولا- انه یفهم من سؤال الراوی انه کان عالما بأصل الکبری بأن الخیار مجعول فی مورد الحیوان الذی منه الجاریه، و انما کان جاهلا بالخصوصیات.

و بعباره أخری: یفهم من السؤال انه انما سأل عن الجاریه من باب انها حیوان.

و ثانیا لو فتح باب هذا الاشکال یشکل اجراء الحکم فی العبد و الامه، فان عنوان الجاریه لا یصدق علی العبد و الامه، و هو کما تری.

**و منها- ما رواه فضیل**

---

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۱۰۹

عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: قلت له: ما الشرط فی الحیوان؟ قال: ثلاثه أیام للمشتری «۳».

فان دلاله الروایه علی الاختصاص مما لا- ینکر و لا یرتبط بمفهوم الوصف و اللقب، فانه علیه السلام أجاب بعد السؤال عمن یکون له الخیار، بل نقول یفهم الاختصاص من الکلام و لو مع عدم سبق السؤال، فان الاختصاص یفهم

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخیار، الحدیث (۸).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخیار، الحدیث (۹).

(۳) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من أبواب الخیار، الحدیث (۳).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۱۰

...

من حرف الجر.

و قد استشكل المحقق الايروانى بأن اللام فى قوله «ثلاثه أيام للمشترى» للغايه لا للاختصاص بأن جعل الخيار لأجل رعايه

حال المشترى لا ـ أن المجعول له الخيار هو المشترى. الا أنه قدس سره قد التفت بفساده و لذا عدل عن ذلك و افاد بأن فى النفس من حمل اللام على الغايه شى ء سيما مع صراحه صحيحه ابن رئاب فى الاختصاص فتكون قرينه للبقيه. و الحق كما أفاده و الجمله المذكوره ظاهره فى الاختصاص بلا كلام.

ان قلت: ان الجمله المذكوره و ان كانت ظاهره فى الاختصاص الا ـ أن الاختصاص الذى تفيده اللام ليس الا أن المشترى لا شريك له فى حق الخيار و انه مستقل فى اعماله، لا أنه ليس فرد آخر من الحق قائما بآخر كما هو محل الكلام.

و بعباره أخرى: ان اللام تدل على الاختصاص و لا تدل على الانحصار.

قلت: ان الامر و ان كان كذلك فان الاختصاص لا يدل على الانحصار فان اللام فى قوله «الجل للفرس» للاختصاص و هو لا يدل على الانحصار لإمكان أن يكون جل آخر لفرس آخر أيضا، الا ـ أن فى المقام الاختصاص يلازم الانحصار، فان معنى اختصاص الخيار للمشترى عدم الخيار للبائع و الا لا يتحقق معنى للاختصاص.

و بعباره أخرى: الخيار القائم بهما الذى يرجع الى الاقاله لا شبهه فى جوازه و انما الكلام فى الخيار القائم بالمشترى، فمعنى اختصاصه به عدم جعل الخيار للبائع.

و الحاصل ان دلاله هذه النصوص على اختصاص الخيار بالمشترى لا شبهه و لا كلام فيها من حيث الاقتضاء، و انما الكلام من جهه المعارضه، و المعارض لهذه النصوص صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: المتبايعان



...

بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا ... «۱».

و هذه الروايه بظاهرها

متعارضه مع النصوص الداله على اختصاص الخيار بالمشترى و لا بد من العلاج بينهما.

و ربما قيل فى مقام العلاج بأن معنى قوله «المتبايعان بالخيار» ان المشترى له الخيار و البائع عليه الخيار، و فساد هذا العلاج أوضح من أن يخفى.

و قد أفاد شيخنا الاعظم فى مقام العلاج أن صحيحه محمد بن مسلم أرجح سندا من صحيحه ابن رئاب المحكيه عن قرب الاسناد، و قد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما على غيرهما من الثقات، مضافا الى ورودها فى الكتب الاربعه المرجحه على مثل قرب الاسناد من الكتب التى لم يلتفت اليها اكثر أصحابنا. و أما الصحاح الاخر المتكافئه سندا لصحيحه ابن مسلم فالانصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبه منطوق الصحيحه. الى أن قال: و لكن الانصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه.

و يرد عليه: أولا ان اعراض الفقهاء عن العمل بقرب الاسناد لا يضر بحجيه الروايه المذكوره فيما اذا كانت حجه كما أن عملهم لا يجبر ضعفها ان لم تكن حجه.

و ثانيا- ان اعراض المشهور ان كان مسقطا للخبر عن الحجيه فلا تصل النوبه الى المعارضه حتى يحتاج الى الترجيح، و ان لم يسقط ذلك فلا وجه للترجيح المذكور.

و ثالثا- ان ترجيح الفقهاء روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٣).



...

على غيرهم من الثقات لا- يساعد عليه و ان المرجحات فى باب التعارض معينه و لا يكون ترجيح الفقهاء من المرجحات و لا يكون عملهم حجه علينا فان الحجه عمل المعصوم فقط.

و رابعا- ان قوله:

ان دلاله الصحيحه على ثبوت الخيار بالمنطوق و دلاله غيرها من الصحاح على نفى الخيار عنه بالمفهوم فيقدم الاول على الثانى، و اما صحيح ابن رئاب فهو بالمنطوق لكن الاشكال فى سنده من حيث ترجيح الفقهاء غيره من الروايات المعارضه له لكونها مذكوره فى الكتب الاربعه. ففيه ان خبر ابن رئاب أيضا يدل بالمفهوم غايه الامر اظهر من الدلاله من غيرها.

و خامسا- انه لا وجه لتقديم المنطوق على المفهوم بعد شمول أدله الحجيه لكليهما.

و سادسا- ان الاظهريه فى صحيحه محمد بن مسلم على فرض تسليمها لو بلغت الى حد القرينه بحيث يرى العرف قرينه لمعارضها فلا تعارض بين القرينه و ذى القرينه حتى يحتاج الى العلاج و البحث عن المرجح، و ان لم تبلغ الى هذا الحد فمجرد الاظهريه لا يوجب تقديمها على الاخر و لم يقم دليل على ذلك.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان مقتضى التحقيق فى المقام أن يقال: ان الروايات فى المقام تامه من جهه السند و الدلاله، فتقع المعارضه بينهما لا محاله، و الجمع العرفى مفقود بينهما، الا أن الروايات الداله على مبنى المشهور- و هى الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى- تتقدم على صحيحه محمد بن مسلم لكونها موافقه للكتاب، و نقل عن بعض أن الروايه الداله على الاختصاص مخالفه للعامه أيضا، و هى أيضا من المرجحات فى باب التعارض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۳

...

و يؤيد ذلك بكون القول بالاختصاص موافقا للمشهور و مقتضى الاصل العملى، اذ بعد تحقق البيع يحصل ملكيه دائميه بمقتضى البيع، و بعد خروج المشترى عن ذلك بمقتضى الدليل يشك فى خروج البائع عنه فيحكم بعدم الخيار له بجريان استصحاب العدم الازلى. و بهذا ظهر

وجه آخر للقول المشهور المنصور.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن ما ذهب اليه المشهور هو الصحيح و ما نسب الى السيد خلاف التحقيق.

هذا تمام الكلام فى المقام الاول،

## و أما المقام الثانى و هو ما كان الثمن أيضا حيوانا فهل يثبت الخيار للبائع أيضا أم لا؟

### اشاره

نسب الى جماعه من المتأخرين منهم الشهيد فى المسالك ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمنا و مثمنا، و ينبغى أن يقع الكلام فى مقامين: المقام الاول فى المقتضى، و المقام الثانى فى المانع.

### (اما المقام الاول) [فى المقتضى]

فهو ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام «۱».

بتقريب أن مقتضى اطلاق قوله «صاحب الحيوان بالخيار» يشمل البائع و المشترى، فاذا كان صاحب الحيوان مشتريا فقط كما هو الغالب فيختص الخيار به، و اذا كان الثمن حيوانا يثبت الخيار للبائع لصدق صاحب الحيوان عليه.

هذا تمام الكلام فى ناحيه المقتضى.

### (و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يكون مانعا أمور:

### اشاره

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۱) من ابواب الخيار، الحديث (۱).



...

**منها- الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى،**

**و منها ما رواه الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام**

قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشترى، و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط «۱».

**و منها- ما رواه الفضيل عن أبى عبد اللّه عليه السلام**

قال: قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشترى «۲».

فان المستفاد من هذه الروايات اختصاص الخيار بالمشترى، فتقع المعارضه بين الروايتين. و لا يصح الجواب عنه بعدم المفهوم لهذه الروايات حتى تقع المعارضه، فان دلاله هذه الروايات على الاختصاص واضحه، فلا يمكن انكارها، بل الحق فى الجواب أن يقال: ان مورد السؤال و الجواب ما يكون المبيع حيوانا من دون ان يكون ثمنه أيضا حيوانا، فبناء عليه لا تقع المعارضه بين الطرفين، فالروايات الداله على نفى الخيار بالنسبه الى البائع ناظره الى مورد يكون المبيع فقط حيوانا، فلا تعارض ما يدل على الخيار للبائع بالنسبه الى مورد يكون الثمن حيوانا.

**و منها- ما عن على بن فضال**

قال: سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشترى بالخيار بثلاثه أيام ... «۳».

و لا فرق فى الروايه بين أن تقرأ كلمه «مشترى» بصيغه الفاعل أو المفعول، فان المراد به هو المشترى، اما على الاول فواضح و اما على الثانى فان الاشتراء من الامور الاضافيه يحتاج الى المشترى و المشترى فيستفاد منها الاختصاص.

و فيه: انه لا تنافى بين الاثباتين، فانه أى تعارض بين ثبوت الخيار للمشترى

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخيار، الحديث (۱).

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخيار، الحديث (۵).

(۳) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۳) من ابواب الخيار، الحديث (۲).

...

فیما یکون المبیع حیوانا و بین ثبوته للبائع فیما یکون الثمن حیوانا، و بین العنوانین عموم من وجه.

**و منها- ما رواه محمد بن مسلم:**

المتبایعان بالخیار ثلاثه أیام فی الحیوان و فیما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا «۱».

أفاد الشیخ فی وجه الجمع بین الروایتین المتعارضتین بأن صحیحه محمد ابن مسلم المثبته للخیار للمتبایعین ناظره الی ما اذا کان العوضان حیوانین، و لنا أن نقول بأنه لا تنافی بین الدلیلین کی یحتاج الی الجمع، فانه لا تنافی بین ثبوت الخیار للبائع فقط فی دلیل و ثبوت الخیار للبائع و المشتری فی دلیل آخر، لکن الاشکال یبقی بالنسبه الی ما روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله حیث قوبل فیها بین قوله «البیعان بالخیار حتی یفترقا» و «صاحب الحیوان بالخیار» فانه یعلم من هذا التعبیر ان الخیار فی الحیوان لخصوص صاحبه و الا کان حق التعبیر أن یقال: و هما بالخیار ثلاثه أیام فی الحیوان، فمقتضی هذه الروایه اختصاص الخیار بصاحب الحیوان و مقتضی تلک

الروايه ثبوته لكليهما، لكن مقتضى حمل المطلق على المقيد أن نقول: ان ثبوته لكليهما انما يكون فيما يكون العوضان كلاهما حيوانين، فان دلاله تلك الروايه على ثبوته لهما باطلاق.

ان قلت: ان حمل قوله «المتبايعان» على ما اذا كان العوضان حيوانين حمل على الفرد النادر.

قلت: و ليكن كذلك، فانه لا يضر بالتقييد الذى بيناه اذا قام الدليل عليه.

و ان أبيت عن ذلك و قلت: ان التعارض واقع بين الروايتين بالتباين فلا بد من مراعاه قانون التعارض، فالقانون يقتضى تقديم الدال على الاختصاص لكونه

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۶

قوله: مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد (١).

موافقا لعموم الكتاب، و يمكنك أن تقول: بأن النتيجه حاصله على كل تقدير، فانه يقدم أحد الدليلين على الاخر، فلو قدمنا ما يدل على ثبوت الخيار لكليهما يثبت المطلوب اذ ثبت الخيار للبائع، و لو قدمنا ما يدل على الاختصاص يثبت الخيار أيضا للبائع، لان المفروض أن صاحب الحيوان هو البائع فى مفروض المسأله.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان التعارض وقع بينهما بالعموم من وجه فيتعارضان فيما كان الثمن و المبيع حيوانين، فالمرجع دليل لزوم الوفاء بالعقد.

مضافا الى جميع ما ذكرنا يمكن أن يناقش فى أصل المقتضى، و هو قوله «صاحب الحيوان بالخيار» بأن يقال: ان صاحب الحيوان منصرف الى خصوص المشترى فلا اطلاق فى المقام كى يتمسك به، و الشك فيه أيضا كاف للمطلوب فالحق ما ذهب اليه المشهور من اختصاص الخيار بالمشترى.

### [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

### اشاره

أقول: وقع الخلاف بين الاعلام أن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد أو من حين انقضاء خيار المجلس، نسب الثانى الى ابن زهره و الشيخ

الطوسی و الحلی، و ما قیل أو یمکن أن یقال فی وجه القول الثانی أمور:

(الاول) ان الخیار یثبت حین یثبت العقد، و العقد لم یثبت قبل التفرق فانه متزلزل ما دام خیار المجلس باقیا، فلا معنی لجعل الخیار للعقد المتزلزل، فیکون مبدأ الخیار من حین انقضاء خیار المجلس.

و یرد علیه: أولا ان هذا الکلام لا یرجع الی محصل، فانه لا مانع من جعل الخیار المتعدد للعقد الواحد. و ثانیا لو سلمنا ان خیار المجلس و الحیوان لا یجتمعان الا أن ذلک لا یوجب أن یکون خیار الحیوان بعد انقضاء خیار المجلس لما ذا لا یکون الامر بالعکس بأن یکون خیار المجلس بعد انقضاء خیار الحیوان.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۱۷

...

و ثالثا انه لا وجه لرفع التنافی بما ذکر بل یمکن بوجه آخر، و هو الالتزام بخیار الحیوان فیما لا یکون خیار المجلس موجودا بالاصاله أو بالعرض أو نلتزم بعدم خیار المجلس فی الحیوان.

و ان شئت قلت: انه ما المراد من قوله «ان الخیار لا یکون الا فی العقد الثابت».

ان کان المراد ان الخیار یکون فی العقد الذی یکون غیر قابل للانفساخ فهذا یرجع الی التناقض، و من الواضح أن بین عدم انفساخ العقد مع جعل الخیار تناقض واضح.

و ان کان المراد أن الخیار یکون فی العقد الذی فیه مقتضی للثبوت مع قطع النظر عن الخیار بحیث لو لم یکن الخیار للزم، فهو صحیح و المقام من هذا القبیل، فان العقد لو لا جعل الخیار یکون ثابتا.

و ان کان المراد أن الجمع بین الخیارین غیر قابل. فیرد علیه مضافا الی ما ذکر من امکان تعدد الخیار للعقد الواحد أن هذا الاشکال یرجع الی الاشکال الآتی

فانتظر.

(الثانى) الاستصحاب، و له تقريبان: احدهما استصحاب الخيار الموجود حين تحقق المجلس الى ثلاثه أيام من حين التفرق، و ثانيهما استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان ما دام بقاء المجلس.

و يرد على التقريب الاول: أنه ما المراد من المستصحب، فان كان المراد منه خيار المجلس فهو مرتفع قطعا بارتفاع المجلس، و ان كان المراد منه خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث كما هو مدعى الخصم، و ان كان المراد منه استصحاب الجامع بين خيار المجلس و الحيوان فهو داخل فى القسم الثالث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۸

...

من الاستصحاب الكلى فقد ثبت فى محله أنه غير حجه. مضافا الى ذلك ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب عدم الجعل الزائد.

و يرد على التقريب الثانى بأن استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان لا يثبت ان مبدأه بعد التفرق الاعلى القول بالاصل المثبت، اضف الى ذلك انه لا تصل النوبه الى الاصل فى المقام مع وجود الاماره، فان مقتضى الدليل ان الخيار يثبت من حين العقد فلا مجال للأصل.

و قد أفاد الميرزا قدس سره على ما فى التقرير بأن استصحاب عدم خيار الحيوان الى زمان التفرق بنحو ليس التامه محل الاشكال.

و قال سيدنا الاستاذ: انه يمكن أن يجرى الاستصحاب على نحو الاستصحاب النعتى. توضيحه: ان صاحب الخيار قبل قوله «فسخت» لا يكون بيعه و هبته مؤثرين، لان العين خرجت من كيسه على الفرض، و لا يجوز تصرفه فى ملك الغير و تصرفه فيه لا يكون مؤثرا، و بعد قوله «فسخت» يشك فى نفوذ تصرفه، و الاصل عدم النفوذ.

و الظاهر أن ما افاده سيدنا الاستاذ دام ظله لا يتم الا على القول بصحه الاستصحاب التعليقى، بأن يقال: ان تصرف

صاحب الخيار لو كان قبل الفسخ لم يكن نافذا فيشك فى نفوذه بعد الفسخ فيجرى استصحاب العدم. و قد بينا فى موضعه أنه ليس بحجه.

و التحقيق أن يقال: ان استصحاب العدم الازلى لا مانع من جريانه كما حققناه فى محله، و كذلك الاستصحاب النعتى بالتقريب غير التعليقى، و هو أن بيان الاحكام كان تدريجيا فى زمن النبى صلى اللّه عليه و آله. و من الواضح أنه لم يجعل الخيار فى أول زمن رسالته، فنشك بعده بأنه هل جعل الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۱۹

...

قبل انقضاء المجلس أم لا، فيجرى الاستصحاب.

الا أنه يرد على هذا التقريب: انه مثبت و معارض بأصاله عدم حدوث الخيار بعد انقضاء المجلس.

و الذى يسهل الخطب أن يقال: ان الامر اذا وصل الى هذه المرحله فلنا أن نقول: ان مقتضى البيع صيروره الملك مال المشترى الى الابد و الثمن ملك البائع، و لا يخرجان من ملكهما كما هو مقتضى العمومات الا بالسبب الشرعى، فاذا شك فى أن الفسخ سبب للخروج أم لا يحكم بعدمه، فانه لا يجوز أكل مال الغير الا بأسباب مقرره شرعيه، و لم يثبت أن الفسخ مؤثر فلا يجوز.

(الثالث) انه لو لم يكن مبدأ الخيار التفرق و انقضاء خيار المجلس لزم اما اجتماع المثلين أو اجتماع السببين على مسبب واحد، لان الثابت قبل التفرق اما خياران أو خيار واحد، فان كان الثابت خيارين لزم اجتماع المثلين، و ان كان واحدا بسببين من المجلس و كون المبيع حيوانا لزم اجتماع السببين على مسبب واحد.

و أجاب عنه: الشيخ بأن الخيارين ان اختلفا من حيث الماهيه فلا بأس بالتعدد و ان اتحدا فكذلك، اما لان الاسباب معرفات و اما لأنها علل

و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فى التأثير على عدم مقارنه الاخر أو سبقه.

و التحقيق أن يقال: ان الاسباب و المسببات فى الاحكام لا يكون لهما محصل، بل هى أمور راجعه الى التكوينيات، فان وزان التكوين يغاير التشريع، و هو لا يحتاج الى سبب و عله بل هو يحتاج الى اعتبار الشارع فقط، و له أن يجعل خيارين للعقد الواحد.

ان قلت: لا نسلم ان يكون باب الاعتبار واسعا بهذا المقدار، و لذا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۰

...

الالتزام بأن يعتبر الشارع للشى ء الواحد الملكيتين.

قلت: الامر و ان كان كذلك الا أنه ممنوع من جهه لغويته و عدم ترتب الاثر على جعل الملكيه ثانيا، بخلاف المقام فان لكل من الخيارين أثرا، و هو أنه اذا أسقط أحد الخيارين فله فسخ العقد بالخيار الاخر.

هذا أولا، و ثانيا انه لو سلمنا و قلنا بالاسباب و المسببات فى عالم التشريع- بأن قلنا تشريع الاحكام أيضا له علل و اسباب- لكن نقول: ان فى الامور الخارجيه أيضا لا محذور من أن يوجد المسبب باجتماع السببين، فان الحراره توجد بالغضب و الاصطكاك مثلا و بانتفاء أحدهما يبقى المسبب بوجود سبب آخر، و الاحكام الشرعيه أيضا كذلك فلا محذور أن يوجد الخيار بسببين فى صوره اجتماعهما اذا وجدا معا أو بأسبقهما اذا وجد أحدهما سابقا.

(الرابع) انه قد دل بعض «۱» الاخبار على أن تلف الحيوان فى الثلاثه من البائع، فلو كان خيار المجلس ثابتا للبائع كما هو المفروض و يكون مبدأ الثلاثه من حين العقد يلزم خلاف قاعده أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

و أجاب عنه الشيخ قدس سره بأن أدله التلف من البائع محموله على

الغالب من كون التلف بعد انقضاء المجلس فيحمل المطلق على الفرد الغالب.

و فيه: انه لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق، و هو منعقد فى المقام كما هو واضح.

و الحق فى المقام أن يقال: ان الدليل دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له، و هذا الدليل قد خصص فى المقام بما دل على أن التلف من الثلاثه من البائع.

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (۵) من أبواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١٢١

...

و يمكن تقريب المدعى: بأن التلف ممن انتقل عنه أمر على خلاف القاعده لكن نلتزم على خلافها للدليل، و قد ثبت فى المقام أن التلف فى الثلاثه من البائع مع أنه خلاف القاعده الاوليه، اذ تلف كل شى ء بحسب الطبع على مالكه.

فتحصل ان الوجوه المذكوره لإثبات حدوث خيار الحيوان من حين انقضاء خيار المجلس غير تامه.

ثم ان هذا كله على تقدير عدم تدافع بين الخيارين من حيث دليلهما، و أما لو قلنا بأن المستفاد من الدليل عدم اجتماعهما فى موضوع واحد فلا تصل النوبه الى هذا البحث كما هو واضح.

فنقول: انه لإثبات التدافع تقريبان: الاول أن المستفاد من بعض نصوص الباب التقابل بين الخيارين، ففى صحيح ابن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا.

بتقريب أنه عليه السلام فصل بين الحيوان و غيره باثبات خيار الحيوان فى الاول و المجلس فى الثانى، و التفصيل قاطع للشركه.

و اعترض على هذا التقريب باعتراضين:

أحدهما- ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله من أن المستفاد من الروايه العقد السلبى لا الايجابى، أى ينتهى أمد أحدهما بانتهاء الثلاثه و الاخر بانقضاء المجلس

فلا تقابل بين الايجابين، فالاطلاق المقتضى لثبوت خيار المجلس فى الحيوان محكم. و ما أفاده دام ظله و ان كان أمرا قابلا بحسب الثبوت، لكن مقام الاثبات و الفهم العرفى من الكلام لا يساعده، فهذا الاعتراض ساقط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۲

...

ثانيهما- ان الصحيحه ساقطه عن الاعتبار اما للاعراض و اما لمرجوحيتها بالنسبه الى جمله من النصوص، فلا تنهض لإثبات المطلوب.

و يرد عليه: أن الاعراض لا يسقط الروايه عن الاعتبار، سيما فيما يعلم وجه الاعراض كما فى المقام، اذ الظاهر أن الاعراض بلحاظ المرجوحيه بالنسبه الى غيرها من الروايات، و أما المرجوحيه فان قلنا بأن النسبه بين هذه الروايه و قوله «صاحب الحيوان بالخيار» عموم من وجه كما ذكرنا سابقا فالاعتراض واضح الدفع، اذ بناء عليه يكون التعارض بين الدليلين بالاطلاق و يسقطان فى مورد الاجتماع و هو مورد يكون المبيع حيوانا فقط، فانه يقع التعارض بينهما بالنسبه الى البائع و يبقى الامر بالنسبه الى المشترى بحاله، و تكون النتيجه ان المتبايعين فى غير الحيوان بالخيار ما دام المجلس باقيا و المشترى للحيوان بالخيار الى ثلاثه ايام. و بعباره أخرى: التقابل باق بحاله.

و ان قلنا بأن النسبه بين الروايتين التباين و قلنا ان مركز النفى و الاثبات هو البائع للحيوان و رجحنا ما يدل على عدم الخيار لموافقته الكتاب فأيضا لا يتم أمر الاعتراض، اذ المستفاد من الروايه أمور: الاول كون الخيار فى غير الحيوان ما دام المجلس، الثانى كون الخيار للمشترى الى الثلاثه، الثالث كون الخيار للبائع الى الثلاثه، الرابع التقابل بين الخيارين من حيث المورد. و الذى يكون مركز المعارضه كون الخيار للبائع فلا وجه لرفع اليد عن بقيه مداليل الروايه.

ان قلت:

الـدلاله على التقابل فرع الخيار، و مع عـدم دلالته على الخيار لا يبقى مجال لإفاده التقابل، و بعباره أخرى: الدلاله الالتزاميه تابعه للمطابقه.

قلت: الدلاله على الخيار سقطت عن الاعتبار بالنسبه الى البائع للحيوان،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۳

...

و أما دلالـته على خيـار الحيوان بالنسـبه الى المشترى و على خيار المجلس بالنسـبه الى غير الحيوان فلم تسـقط عن الاعتبار، فلا تغفل.

هـذا هـو التقريب الاول، الثـانى من التقريـبين أنه يسـتفاد من كـل من دليلى خيـارى المجلس و الحيوان أن العقـد يلزم بانقضـاء المجلس أو الثلاثه فلا يجتمعان.

و فيه: انه لو قلنـا بأن المسـتفاد من دليل الخيارين أن الحكم حيثى- أى يحكم باللزوم بانقضاء أمـد الخيار من حيث هـذا الخيار- فلا مجال لهذا التقريب، اذ لا تعارض. و أما لو قلنا بأن الحكم مطلق فلهذا التقريب وجه، لكن مقتضـى الصـناعه أن يخصص كل منهما بالاخر، فهذا التقريب غير سديد.

و حيث أن التقريب الاول تام فالحق أن يقال: بان خيار المجلس غير ثابت فى الحيوان، كما أن الامر لو وصل الى مرحله الشـك يكون مقتضـى وجوب الوفاء و مقتضـى استصـحاب عـدم جعل الخيار عـدمه، الا أن يقال: بأنه لو انتهى الامر الى الشك فاطلاق بعض أخبار خيار المجلس محكم، حيث أنه ليس فيه اجمال فلاحظ.

### (مسأله): هل يكون مبدأ الخيار زمان الصيغه أو زمان حصول الملك؟

و تظهر ثمره البحث فى البحث الفضولى، فان الخيار فى البيع الفضولى يتحقق من حين العقـد على الاول و من حين الاجازه على الثانى. و الذى يظهر من كلام الشيخ انه متوقف على الاجازه.

أقول: الـذى ينبغى أن يقـال فى المقـام انه على القول بالنقـل فى الاجـازه بجميع أقسـامه لاـ مجـال للبحث فى المقام. فان البحث يكون مبتنيا على القول بالكشف الحقيقى، افاد سيدنا

الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير أن الخيار من حين الاجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۴

قوله: مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام (۱).

حتى على القول بالكشف فى الاجازه، اذ الخيار عباره عن حل العقد و هو محقق من حين الاجازه.

و يرد عليه: أنه كيف يمكن تحقق الملكيه و عدم تحقق العقد، فان العقد محقق بلا كلام، غايه الامر ان الانتساب لم يتحقق، بل يمكن أن يقال: بأن الشرط المتأخر لو فرض صحته لكان الانتساب أيضا حاصلا، بل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمالك و لو مع فرض عدم الانتساب، اذ المفروض تحقق الملكيه بالفرض المحال، لكن عمده الكلام أن أصل المبنى فاسد قطعا فلا يتحقق الخيار الا بعد الاجازه بناء على صحه الفضولى.

**(مسأله): مبدأ خيار الحيوان فى بيع الصرف و السلم قبل القبض أو بعده،**

فيه أقوال. لا شبهه فى أن مقتضى الصناعه العلميه هو الثانى، لان أدله الخيار مخصصه لعموم «أَوْفُوا» و هو يتعلق بالعقد الصحيح فى نظر الشارع، و الفرض أن العقد الصحيح لا يتحقق الا بالقبض، و ما دام لم يحصل القبض لم يتحقق عقد حتى يحل بالخيار.

اللهم الا أن يقال: ان قوله «أَوْفُوا» يدل على الحكم التكليفى فقط، و هو يتعلق بأعم من الصحيح و الفاسد. لكنه فرض فى فرض، و الحق أنه لا يتحقق الا بعد القبض،

**[مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام]**

أقول: وقع الكلام فى أن الليلتين المتوسطتين داخلتان فى الثلاثه أيام، و المستفاد من اخبار الحيوان مفهوما بأن الليل داخل فى مفهوم اليوم، أو يكون المراد من اليوم هو الزمان الممتد بين طلوع الشمس و غروبها، فدخول الليلتين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۵

...

فيها من باب الاستمرار المستفاد من الخارج بالتفاهم العرفى، كما يقال ذلك فى اقامه عشره الايام للمسافر.

الحق هو الثانى، فان مفهوم اليوم أمر واضح عند العرف. نعم حيث أن الخيار امر مستمر تكون الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الظرف، لا لما قيل بأن المراد بالايام الثلاثه ما كانت مع الليالى الثلاث لدخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و الا لاختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد.

لكن عرفت بأن اليوم لا يشمل الليل بالمفهوم، بل انه يدخل من باب الاستمرار المستفاد من الخارج، و لو عقد فى نصف الليل

مثلا يبقى الخيار الى آخر يوم الثالث بحسب المتفاهم العرفى، بأن يحتسب مبـدأ الخيار من حين انعقاد العقـد من دون أن تنقص من الايام شـى ء، لأنه اذا لم يلتزم بـذلك فلا بـد من الالتزام اما بثبوت الخيار من أول اليوم- بان يفصل بين الخيار و العقـد مـده طويله- و هو

كما ترى، و اما نلتزم بنقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من الليل، و هذا خلاف الفهم العرفى من اللفظ.

و للسيد اليزدى هنا كلام، و هو أنه فرق واضح بين قوله «للمشترى الخيار من حين العقد الى مضى ثلاثه أيام» و قوله «له الخيار ثلاثه أيام فى الحيوان»، فان فى العباره الاولى يكون المراد من اليوم نفس البياض فقط، و هذا بخلاف العباره الثانيه، فان الليالى داخله فى مفهومها، و حيث أن الدليل ورد على النهج الثانى فالليل داخل فى الظرف. و لم نفهم ما أفاده قدس سره من الفرق بين العبارتين و لو شككنا فى اراده أى من المعنيين فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار.

و فيه: أولا ان عموم دليل وجوب الوفاء محكم فى المقام، و معه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، فان اجمال المخصص لا يسرى اليه لكونه منفصلا، فيتمسك بعموم العام.

و ثانيا- ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۶

قوله: يسقط هذا الخيار بامور (۱).

عدم الجعل الزائد.

**[الكلام فى مسقطات خيار الحيوان]**

**اشاره**

أقول: وقع الكلام فى مسقطات خيار الحيوان، و هى على ما ذكروها أمور:

**(الاول) اشتراط سقوطه،**

**اشاره**

و قد تقدم البحث عنه فى مسقطات خيار المجلس فلا يحتاج الى الاعاده، انما الكلام فى بعض ما يتعلق به. قال الشيخ: و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحه، و لا بأس به.

أقول: ان الحكم بسقوط البعض اما يكون باعتبار الافراد، بأن يكون للشى ء أفراد متعدده فيحكم بسقوط بعض منها، و هو مفقود فى المقام، لان الخيار فى الثلاثه حق وحدانى مستمر الى آخرها لا حقوق متعدده بعدد الآنات، و اما يكون باعتبار الاجزاء، و الخيار ليس له أجزاء قابله لان يسقط بعضها و يبقى الاخر.

و العجب من السيد قدس سره حيث قال: ان حق الخيار و ان كان وحدانيا الا أنه بمنزله حقوق عديده باعتبار الايام و الساعات، فان مرجع هذا الكلام الى التناقض.

**(مسأله) لو اشترط أحد سقوط الخيار و اشترط ثبوته ثانيا فهل يكون الشرط الثانى نافذا أم لا؟**

وجهان.

و قد ذهب سيدنا الاستاذ دام ظله الى صحته مستدلا بقوله «المؤمنون عند شروطهم».

و يرد عليه: أولا انه كما يصح الاستدلال بدليل الشرط على صحه الشرط الثانى كذلك يصح الاستدلال به بصحه الشرط الاول، فيقع المعارضه بينهما.

و ثانيا- انه لا بد من السؤال من معنى شرط الثبوت بعد شرط السقوط،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۷

...

فان كان المراد منه أن يجعل الشارع له الخيار مع اسقاطه فلا معنى لهذا الشرط لعدم كون جعل الشارع مقدورا له فان الشرط لا بد أن يتعلق بالمقدور.

هذا أولا، و ثانيا ان الشرط المذكور خلاف السنه، اذ المفروض عدم الخيار شرعا مع فرض الاسقاط فى ضمن الشرط الاول. و ان كان المراد منه عدم الاسقاط فهو أيضا مخدوش، لان الشرط الاول وقع صحيحا و سقط الخيار بمقتضاه فلا مجال للشرط الثانى.

**(الثانى) اسقاطه بعد العقد،**

و الكلام فيه مر فى خيار المجلس.

**(الثالث) التصرف،**

ربما يقال ان التصرف ليس له موضوعيه فى المقام، فانه مسقط بعنوان أنه طريق الى الرضا و كاشف عنه، و مرجع هذا القول الى انكار كون التصرف مسقطا، و فى مقابله قول لمسقطيه التصرف بذاته و لو كان عن غافل بمسأله الخيار أو جاهل به.

و لا يخفى أنه لا مجال للتمسك بالإجماع، فانه كيف تمكن تحصيل الاجماع التعبدى فى مثل المقام، فالعمده النظر فى

النصوص الوارده فی المقام و استفاده الحکم منها حسب الصناعه، فنقول: قد وردت فی المقام نصوص:

منها- ما رواه علی بن رئاب عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: فان أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثه الایام فذلک رضی منه فلا شرط. قیل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الی ما کان یحرم علیه قبل الشراء «۱».

أقول: ان قوله علیه السلام «فذلک رضی منه فلا شرط» یحتمل وجوها:

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من ابواب الخیار، الحدیث (۱).



...

(الاول) أن یکون الامام علیه السلام مخبرا عن الواقع بهذه الجمله بأن احداث الحدث لو خلی و طبعه رضاء بالبیع غالبا، و علیه فقوله «فذلک رضی منه» لیس حکما تعبدیا بل یکون فی مقام بیان أمر طبیعی و یکون قوله «فلا شرط» معللا بأن احداث الحدث عله الحکم. و بمعنی انه کاشف نوعا عن الرضا بلزوم العقد.

و یرد علیه: أن کون الامام فی مقام الاخبار عن الواقع خلاف ظاهر شأن الامام، فان الظاهر منه أن یکون فی مقام بیان الحکم و تشریعه، مضافا الی أن الامر لیس کذلک، فان مجرد احداث الحدث فی الحیوان لا یستلزم

الرضا.

(الثانى) أن تكون الجمله فى مقام بيان أن التصرف يكون بنوعه كاشفا عن الرضا بلزوم العقد و ان لم يكن موجبا له فى مورد خاص، و هو نظير ظهورات الالفاظ فانها حجه و ان لم يحصل منها الظن بالواقع.

و يرد عليه: أن ركوب الدابه لا دلاله له على الرضا النوعى بلزوم العقد و لا يفهم منه اسقاط الخيار، و أما الرضا بأصل المعامله فهو كان موجودا من أول الامر و ان لم يحدث حدثا فيه الا أنه خارج عن المبحث.

(الثالث) ان تكون فى مقام بيان أن التصرف رضاء تعبدا، فان الشارع حكم بأن التصرف رضاء بالحكومه. و هذا الوجه متين فى نفسه، و المستفاد من الروايه أن احداث الحدث فى الحيوان رضاء بالعقد تعبدا، بل يستفاد من ذيل الروايه أن كل تصرف لا يجوز لغير المالك يسقط الخيار و ان لم يكن موجبا لإحداث حدث فيه كالنظر و اللمس.

ان قلت: لا نسلم أن يجوز التعدى الى كل التصرف، فان فى الروايه قد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۲۹

...

تقابل فى حديث الصفار بين الركوب و احداث الحدث، و معه كيف يجوز التعدى اليه.

قلت: ان التقابل المذكور لا يمنع عن الحكومه التى بيناها، اذ التقابل فى كلام السائل لا فى كلام الامام.

ان قلت: كيف يمكن أن يلتزم بأن التصرفات مطلقا رضاء بلزوم العقد بالتعبد، اذ يلزم أن يكون جعل خيار الحيوان لغوا، فانه كيف يجتمع الخيار مع سقوطه بكل تصرف و لو لم يكن موجبا للتغير فى الحيوان.

قلت: لا نسلم أن يكون خيار الحيوان لغوا، فانه تظهر الثمره فيما اذا لم يسلم البائع الحيوان الى المشترى ثلاثه أيام، فان له خيارا مع أنه لم يتصرف فى المبيع

لعـدم وقوعه تحت يـده. مضافا الى أن التصـرف فى الحيوان بأخـذ زمامه و ايصاله الى الاصـطبل لا يكون مسـقطا. و الحاصل ان المستفاد من مجموع النصوص أن التصرف فى الحيوان بتصرف لا يكون الا للمالك يسقط الخيار.

و ان أبيت عما ذكرنا فنقول: المسـقط للخيار التصرف الموجب لحدوث الحدث فى الحيوان لا مطلق التصرف. نعم نلتزم بسقوطه باللمس و التقبيل و النظر للنص.

و منهـا- مـا عن محمـد بن الحسن الصـفار قال: كتبت الى أبى محمـد عليه السـلام فى الرجل اشترى من رجل دابه فأحـدث فيها حـدثا من أخـذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله ان يردها فى الثلاثه الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: اذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث (۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۰

قوله: الثالث خيار الشرط، أعنى الثابت سبب اشتراطه فى العقد (۱).

و المستفاد من هذا الحديث أن التصرف اذا كان موجبا لإحداث حدث فى الحيوان يسقط الخيار و الا فلا.

و منهـا- ما عن على بن رئاب قال: سألت أبا عبـد اللّه عليه السـلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى- الى أن قال: قلت له:

أ رأيت ان قبلها المشترى أو لامس؟ فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته «۱».

فان المستفاد من هذه الروايه أن التصرف مسقط للخيار و ان لم يحدث فيه حدثا.

## [القسم الثالث خيار الشرط]

### اشاره

أقول: القسم الثالث من الخيار خيار الشرط، وقع الكلام بين الاعلام فى صحته، أفاد الشيخ لا خلاف فى صحته.

### ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجهها أمور:

### (الاول) الاجماع،

و قد ادعى الشيخ قدس سره أن نقل الاجماع مستفيض.

و يرد عليه: أن تحقق الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام مستحيل.

**(الثانى) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله،**

و هو أن البائع حين بيعه اما يملك المبيع للمشترى حتى بعد الفسخ و اما يملكه الى حين الفسخ و اما يملكه مهملا من هذه الجهه، و القسم الاخير محال لاستحاله الاهمال فى الواقعيات، و القسم الاول- أعنى تمليكه له حتى بعد الفسخ يرجع الى التناقض، اذ من الواضح أن التمليك حتى بعد الفسخ مع انتفاء الملكيه بالفسخ متنافيان، فيتعين القسم الثانى أعنى التمليك الى قوله «فسخت». و بما أن العقود تابعه للقصود و الشارع

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث (٣).



...

يمضى العقد بهذه الكيفيه المخصوصه يصح بهذا النحو.

و عليه لا يرد علينا ما أورد على القوم بأن شرط الخيار مخالف للكتاب أعنى عموم دليل وجوب الوفاء، و الشرط المخالف للكتاب ساقط عن الاعتبار. لأنك عرفت مما بيناه أن العاقد ملك المبيع على النحو الموقت، أعنى الى قوله «فسخت»، و أمضاه الدليل بهذه الكيفيه المخصوصه فلا يرد عليه ذلك الاشكال.

و يرد عليه: أولا ان صحه البيع المذكور مبنيه على صحه البيع الغررى، و الاستاذ لا يلتزم بذلك لتزلزل العقد، فان المشترى لا يعلم وقت حصول الفسخ و هو غرر عليه.

و ثانيا- انه لو فرضنا أن المشترى باع ما اشتراه من ثالث ثم فسخ البائع الاول فلا بد أن يلتزم الاستاذ ببطلان البيع الثانى، اذ بالفسخ ينكشف أن المشترى باع ما لم يكن مالكا له. و لا يمكن الالتزام بهذا اللازم و الاستاذ أيضا غير ملتزم به، كيف و لازم الفسخ دفع العوض، فان

البيع تلف حكما.

و ثالثا- ان البيع الموقت غير معهود عند العرف فلا تشملہ الادله، لا أقول انه أمر غير متصور لكن المرتكز فى الاذهان الدوام فى حقيقه البيع فلا يشمله دليل الصحه.

و رابعا- ان الفسخ أمر يرفع ما هو ثابت. و بعباره أخرى: يفهم العرف من هذا الشرط أن من له الشرط يرفع الامر الموجود فى عالم الاعتبار بأن يكون الفسخ أمد ذلك الامر الاعتبارى.

و خامسا- انا لا نسلم أن يكون التمليك غير الموقت مع جعل حق الفسخ من قبيل الجمع بين المتنافيين، بل نقول: ان البائع بقوله «بعت» قد ملك المبيع للمشترى مطلقا أعم من وقوع الفسخ بعده أم لا، غايه الامر انه يجعل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۲

...

لذى الخيار حق فسخ العقد، نظير باب النكاح فان النكاح الدائم يوجد بانشاء نكاح الزوجيه الدائميه و لا تكون محدوده بقوله «طلقت»، فانها محققه سواء تحقق الطلاق أم لا الا أن الطلاق بمنزله القطع و ازاله الزوجيه فانه يقطع أمد الزوجيه. و المقام أيضا من هذا القبيل، فان الفسخ بماله من المعنى يتوقف على تحقق الملكيه الدائمه الثابته، و لا تنافى بين الامرين، فان الشارع بالبيع يعتبر الملكيه الدائمه و بالفسخ يرفع اليد عن هذا الاعتبار، و الاتحاد الزمانى من الوحدات المشروطه فى التناقض فلا تغفل.

### (الثالث) ما أفاده سيدنا الاستاذ أيضا

بأن المستفاد من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» ان الشارع قد جعل أمر الالتزام ببقاء العقد أو انحلاله بالفسخ بيد المتعاملين، فانهما ان كانا راضيين ببقاء العقد يكون لازما و ان لم يكونا راضيين فالعقد يكون جائزا.

فانقدح مما ذكرنا أن الشارع جعل لزوم العقد و جوازه بيد المتعاملين، فيجوز

لهما أن يلتزما بلزوم العقد و لهما أن يجعلا العقد جائزا. و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل خيار المجلس أن أمر اللزوم و الجواز بيد المتعاقدين، غايه الامر ان الشارع جعل الخيار بمقدار زمان المجلس.

و يرد عليه: أن هذا ادعاء بلا دليل، و لو كان الامر كما ادعاه سيدنا الاستاذ لكان اللازم فساد العقد الصادر من الغافلين من هذه الجهه، و هو كما ترى. و انا قد بينا سابقا أن معنى الرضا فى الروايه مجمل لاحتمال أن يتعلق بالعقد أى العقد المرضى به لو انتهى مجلسه يلزم، و يمكن أن يكون المراد أن العقد بعد الرضا و عدم الفسخ فى المجلس، و يمكن أن يكون المراد أن الافتراق مع الرضا و بلا اكراه يلزم العقد. فتحصل ان هذا الوجه من الاستاذ أيضا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۳

...

المساعده عليه.

### (الرابع) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله أيضا

بأنه لا شبهه فى صحه الاشتراط فى ضمن العقد كاشتراط خياطه الثوب فى ضمن البيع، و من الظاهر أن مفهوم الشرط لا يتحقق الا مع الارتباط، فمرجع اشتراط الخياطه الى تعليق الوفاء بالعقد على الخياطه، و بهذا الشرط يثبت الخيار عند التخلف فاذا كان هذا جائزا فاشتراطه ابتداء يجوز لعدم الفرق.

و يرد عليه: أولا ان صحه هذا الشرط بهذا النحو أيضا محل الاشكال و أين دليله.

ان قلت: يلزم لغويه الشرط كليه.

قلت: لا يلزم ذلك، اذ الشرط يمكن تحققه بنحو آخر، و هو تعليق أصل العقد على شى ء كالخياطه، و لا يلزم التعليق الباطل، اذ التعليق يوجب الفساد فيما لا يكون المعلق عليه محرزا عند المتعاملين، و أما مع الاحراز فلا يبطل.

و حيث أن من عليه الشرط يلتزم عند الايجاب و القبول يكون المعلق

عليه محرزا فلا يلزم لغويه الشرط و لا ينحصر بتعليق لزوم العقد عليه.

و ثانيا- انه لا وجه لقياس المقام بـذلك الباب، فان مفهوم الاشتراط و الارتباط يتحقق فى ذلك الباب، بخلاف المقام حيث أن شرط الخيار ابتدائى و لو جاز القياس يلزم القول بصحه جميع الشروط الابتدائيه، بأن نقول: لا فرق بين الابتدائى و الضمنى و أنى لنا بذلك.

**(الخامس) النصوص الوارده فى المقام،**

و هى كثيره الا ـ أنها لا تبلغ حد الاستفاضه كما ادعى الشيخ قدس سره، و لكن الخبر الصحيح موجود فى المقام و هو كاف للمطلوب.

منها- ما رواه عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: سمعته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۴

...

يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب اللّه فلا يجوز له و لا يجوز على الـذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب اللّه ... «۱».

و قد استشكل على الاستدلال بهذه الصحيحه من وجوه:

(الاول) ما أورده صاحب المستند بأن الشرط الـذى يجب الوفاء به ما لم يكن مخالفا للكتاب و السنه، و أما خيار الشرط فهو مخالف للكتاب و السنه، أما الكتاب فعموم دليل وجوب الوفاء، و أما السنه فقوله عليه السلام «فاذا افترقا وجب البيع»، و لذا اضطر أن يتمسك لإثبات المطلوب بالإجماع، و قد ظهر مما ذكرنا حال الاجماع و أنه غير قابل للاستناد.

و قد أفاد السيد اليزدى قدس سره بأن ما فى المستند من الاشكال لا وجه له فان شرط الخيار ليس مخالفا للكتاب و السنه، لان وجوب الوفاء المستفاد من الكتاب و السنه من مقتضيات اطلاق العقد لا من مقتضيات طبيعته، و كذا لا وجه لاستدلاله على المدعى بالإجماعات المنقوله، كما أنه لا مجال للتمسك بالاخبار الخاصه

و جعلها مخصصه لذلک العموم اذ عدم جواز کون الشرط خلاف الکتاب لیس عاما قابلا للتخصیص.

و یرد علیه: ان قوله: «ان لزوم البیع من مقتضیات اطلاق العقد لا من مقتضیات طبیعته» لا یرجع الی معنی محصل، فان مقتضی وجوب الوفاء بالعقد أنه کلما تحقق فهو لازم و کونه خیاریا بدلیل خاص لا یدل علی أنه یخالفه و غیر لازم بحسب طبعه و ذاته. و یدل علی ما ذکرنا أن عقد النکاح عقد لازم و مع ذلک ربما یکون خیاریا فهل یمکن أن یدعی أحد بأن النکاح حیث أنه یجری فیه الخیار بواسطه بعض العیوب لا یکون لازما بحسب طبعه.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۶) من أبواب الخیار، الحدیث (۱).

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۳۵

...

هذا أولا، و ثانیا ان قوله «ان سیاق أدله عدم صحه الشرط المخالف آب عن التخصیص» ممنوع، لان الادله المذکوره لیست من الادله العقلیه حتی لا تکون قابله للتخصیص، غایه الامر قیام الدلیل یکشف أن الحکم الواقعی موافق للشرط.

و أجاب عن الاشکال علی ما فی التقریر سیدنا الاستاذ دام ظله، و حاصل ما أفاده: أنه قد علم من الشرع أن اللزوم لرعایه حال المتعاقدین و أمر العقد من هذه الجهه بیدیهما، اذ یجوز لهما الاقاله. و ان شئت قلت: ان اللزوم حقی.

و یرد علیه: ان ما أفاده أمر ممکن ثبوتا لکن لا دلیل علیه فی مقام الاثبات و مجرد جواز الاقاله لا یثبت المدعی و المرجع دلیل وجوب الوفاء.

و قد تصدی هو بنفسه لهذا الاشکال فی دوره أخری و أفاد بأنه لا- فرق بین البابین، فکما أن الشارع یحکم باللزوم فی باب النکاح کذلک یحکم به فی باب البیع، فالاشکال باق

بحاله.

و أجاب عن الاشكال المحقق الايروانى بوجه آخر، و هو أن اشتراط الخيار اشتراط أن يسترجع ما دفعه حيثما أراد و يأخذه و يتملكه متى ما أحب، و عموم الادله يشمل الشرط المذكور و يلزم المشروط عليه بدفع ما التزم بدفعه عند رجوع صاحبه.

و يرد عليه: انه ما المراد من الاسترجاع، فان كان المراد أن الشارع يكون له هذا الحق يعود المحذور، و ان كان المراد أن له أن يسترجع ما دفعه بلا موجب شرعى فهذا كما ترى، فان تملك مال الغير بلا رضى مالكه فاسد و سحت، و ان كان المراد منه أن يسترجع متى شاء باذن المشترى و رضاه فلا يحتاج الى الشرط المذكور فان الاقاله جائزه بل راجحه، و ان كان المراد انه اشترط اذا أراد أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۶

...

يستقيل إقاله المشروط عليه فانه لا بأس به الا أنه أجنبى عن المقام، اذ لا يمكن للشارع استرجاع العين بلا موافقه صاحبه، غايه الامر يجب على الطرف أن يرضى بالفسخ و يجوز للحاكم أن يجبره حيث انه ولى الممتنع لكن المقصود غير حاصل.

(الثانى) ما اورده المحقق الايروانى بأن ظاهر الاخبار الحكم التكليفى و وجوب أن يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجه فشرط الخيار خارج عن مقدار مدلول دليل الشرط.

و يرد عليه: أنه لا وجه لهذا التقييد، فان المستفاد من دليل الشرط لزومه و عدم انفكاكه، فان المؤمن عند شرطه، فان كان متعلقه الفعل يجب و ان كان أمرا وضعيا يصح.

(الثالث) أن شرط الخيار مخالف لما يقتضيه العقد فلا يشمله دليل المؤمنون لان شمول دليل الشرط عليه مع كونه خلاف مقتضى العقد يرجع الى التناقض.

و

الجواب عنه: ان مقتضـی العقـد هو حصول الملكيه، و أما اللزوم أو الجواز فهما من آثاره و احكامه، و لـذا يقسم العقد باللزوم و الجواز.

(الرابع) ان شـرط الخيار شـرط الفعل الراجع الی اللّه سـبحانه، فمعنی شـرط الخيار فی ضمن بيع الدار مثلا يرجع الی أنه باع داره بشرط أن يجعل اللّه سبحانه له الخيار، و فعله سبحانه خارج عن تحت قدره المتعاقدين فلا معنی لهذا الشرط.

و الجواب عنه: انا نجـد صـحه هـذا الشـرط و لو ممن لا يعتقـد به سـبحانه، فلو صح وقوعه و صدوره عن غير المعتقد يعلم أنه لا مجال لهذا الكلام. و صفوه القول أنه لا مانع من جعل هذا الحق بين المتعاقدين فانه نحو اعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۳۷

...

(الخامس) ان مفهوم الشـرط لا يصدق علی شـرط الخيار، اذ الشـرط لا بد أن يحقق فی ضمن أمر، و فی المقام ليس كذلك، اذ الربط المحقق للشرط لا يكون فی اشتراط الخيار.

و الجواب عنه: انه لاـ شـبهه فی تحقق الشـرط فی المقـام، فان البائع يعلق تمليك المبيع للمشتری علی التزامه بالخيار المجعول، و هو واضح للمتأمل.

و لا يقال: ان هذا تعليق فی العقد، و هو مبطل له.

لأنا نقول: ان التعليق علی أمر غير معلوم يبطل العقد، و أما فی المقام فان العقد معلق علی الالتزام الموجود حين العقد.

فتلخص ان الاشكالات الوارده علی الروايه غير وارده.

**(السادس) من الامور التی استدل بها لصحه شرط الخيار الاخبار الخاصه:**

منها- ما رواه سـعيد بن يسار قال: قلت لأبی عبـد اللّه عليه السـلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهـم فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنی عشر، و العشره ثلاثه عشر و نؤخر (نوجب) ذلك فيما بيننا و بين السنه و نحوها، و يكتب لنا

الرجـل على داره أو على أرضه بـذلك المال الـذى فيه الفضل الـذى اخـذ منا شـراء قـد باع و قبض الثمن منه فنعـده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء، فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى فى الشراء؟

فقال: أرى أنه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «١».

و منهـا- مـا رواه ابن سـنان عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام فى حـديث قـال: و ان كـان بينهمـا شـرط اياما معـدوده فهلك فى يد المشترى قبل أن يمضى الشرط فهو

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١٣٨

قوله: مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه (١).

قوله: نعم يشترط تعيين المـده، فلو تراضـيا على مـده مجهوله كقـدوم الحـاج بطـل بلاـ خلاـف، بـل حكى الاجماع عليه صـريحا لصيروره المعامله بذلك غرريه (٢).

من مال البائع «١».

فانه يستفاد من هذه الروايات الخاصه جواز جعل الخيار، مضافا الى أن هذا أمر تسالم الفقهاء عليه بحيث لا يعتريه الريب، و قيام السيره المستمره الى عصر المعصوم عليه السلام كاشف عن الجواز، و ليس هذا تمسكا بالإجماع فلا تغفل.

**[مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]**

أقول: وقع الكلام فيما بينهم فى أن جعل الخيار لا بـد أن يكون متصـلا بالعقـد بل يصـح جعله منفصـلا عنه أيضا. ربما يقال كما عن الشـافعى بعـدم صحه جعـل الخيـار المنفصـل، اذ يلزم صـيروره العقـد جـائزا بعـد مـا كان لازما. ورد بالنقض بخيار الرؤيه و التأخير، و بالحل بأنه صحيح بدليل صحه الشرط.

و فيه: ان القياس بخيارى الرؤيه و التأخير لا يصح، اذ فيهما قام الدليل بخلاف المقام.

و اما الاستدلال بدليل الشرط ففيه انه محل الاشكال، فان قام اجماع تعبدى بعدم الفرق بين المتصل و المنفصل فهو و الا يشكل الامر لعدم الدليل لكنه يظهر منهم البناء على الجواز، انما الاشكال فيما تكون المده المقرره للخيار مجهوله للغرر.

### [فى شرطيه تعيين المده فى هذا الخيار]

#### اشاره

أقول: يقع الكلام فى مقامين: الاول ان ذكر المده المجهوله كقدوم

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۸) من أبواب الخيار، الحديث (۲).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۳۹

...

الحاج مثلا هل يوجب الغرر أم لا. الثانى ان الغرر الناشئ من ناحيه الجهل بمده الخيار مبطل للبيع أم لا؟

(اما المقام الاول) فأفاد سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأنه لا وجه للإشكال اذ المبيع و الثمن معلومان و المجهول مده الخيار، و اذا كان هذا موجبا للبطلان يلزم البطلان و لو مع معلوميه المقدار، اذ لا يدرى من عليه الخيار أن من له الخيار يفسخ أم لا، و على فرض فسخه متى يفسخ. بل لنا أن نقول: انه يجوز جعل الخيار ما دام العمر، و ما أفاده شيخنا الاستاذ بأن العقد له اقتضاءان الملكيه، و اللزوم، و جعل الخيار مده العمر ينافى مقتضى العقد، فاسد لان اللزوم و الجواز من أحكام العقد لا من مقتضياته. هذا ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

و يرد عليه: ان المده لو لم تكن معلومه يمكن أن تنقضى بعد يومين، و يمكن أن تطول الى سنه، و لا ريب أن الاقدام على مثل هذه المعامله جزاف. نعم ربما يرتفع الغرر بأن من عليه الخيار يدرى بأنه رابح على جميع التقادير. و ملخص الكلام انه لا يمكن الالتزام بعدم الفرق بين المده المجهوله و المعلومه.

لا يقال: ان الجهل بالمقدار المذكور لو كان موجبا

للغرر لكان فى خيار المجلس أيضا غرر أحيانا، فانه يمكن أن يبقى مجلس العقد الى سنه أو سنتين.

لأنا نقول: ان خيار المجلس حكم تعبدى شرعى يترتب على العقد الجامع للشرائط. و بعباره أخرى: العقد فى نفسه يلزم أن يكون غرريا، و خيار المجلس لا يوجب غرريه العقد فانه من آثاره المترتبه عليه.

(و أما المقام الثانى) فهو البحث فى أن الغرر مبطل أم لا. فنقول: الجهل بالمده تاره لا يكون دخيلا فى تفاوت القيمه، و أخرى يكون دخيلا. و لا كلام على الاول، اذ المفروض أنه لا غرر. و أما على الثانى فما يمكن أن يقال فى



قوله: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المده اصلا كأن يقول «بعتك على أن يكون لى الخيار»، و بين ذكر المده المطلقه كأن يقول «بعتك لان يكون لى الخيار مده» لاستواء الكل فى الغرر، خلافا للمحكى عن المقنعه و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و الحلبى فجعلوا مده الخيار فى الصوره الثانيه ثلاثه أيام (۱).

وجه البطلان أمور:

منها: الاجماع. و يرد عليه أنه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا أثر له.

و منها: ما أرسله العلامه عن النبى صلى اللّه عليه و آله بأنه نهى عن الغرر «۱».

و يرد عليه: ان المرسله لا تكون حجه، و العمل بها على فرض تحققه لا يجبر ضعفها.

و منها: ان الشرط فاسد و هو مفسد فيه.

و فيه: أولا ان فساد الشرط اول الكلام، و ثانيا أن الشرط الفاسد لا يفسد.

و منها: ان الغرر فى الشرط يسرى الى العقد، و البيع الغررى باطل لما ارسله الشيخ قدس سره عن النبى

صلى اللّه عليه و آله انه نهى عن بيع الغرر «۲».

و يرد عليه: ان المرسله لا ـ اعتبار بها، لكن الالتزام بصحه بيع الغرر فى غايه الاشكال، فانه لا يبعد أن يكون البطلان مما تسالم عليه.

**[لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المده اصلا]**

أقول: أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان العقد باطل فى جميع الاقسام المذكوره لعدم التطابق بين الايجاب و القبول، فان القابل يمكن أن يجعل المده

---

(۱) التذكره، الجزء (۱) الصفحه (۴۶۶).

(۲) الخلاف الصفحه (۵۲۸) المسأله (۵۲۸).



...

ثلاثه أيام مثلا و الموجب جعلها عشره أيام، فلا يحصل التطابق بينهما و الحال أن التطابق لازم بين الايجاب و القبول.

و فيه: ان ما أفاده دام ظله لا يمكن المساعده عليه على اطلاقه، لأنه يمكن أن يجعل الموجب مده الخيار ثلاثه أيام و يقبله القابل عشره أيام فان عدم التطابق فى هذه الصوره لا يضر بصحه البيع، اذ المفروض أن القابل قبل ما أوجبه الموجب مع الزياده. نعم لو فرض أن قبوله يكون بنحو التقييد يشكل. نعم ما أفاده صحيح فى عكس المسأله، و هو فيما اذا جعل الموجب مده الخيار عشره أيام و يقبله المشترى ثلاثه أيام.

و قد نسب الى عده من الفحول أن مده الخيار تكون ثلاثه أيام فى صوره عدم ذكر المده أو ذكر المده المطلقه.

و ما يمكن أن يستدل به أمران:

أحدهما- الاجماع. و فيه أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع التعبدى.

و ثانيهما- الروايات، فهى يمكن أن يكون مستفادا من كلام الشيخ «۱» بقوله:

من ابتاع شيئا بشرط الخيار و لم يعين وقتا و لا ـ أجلا ـ بل أطلقه كان له الخيار ثلاثه أيام، دليلنا اجماع الفرقه و أخبارهم. فانه يستفاد من كلامه قدس سره وجود الروايات فى المقام الا

أنه لم يذكر شيئا فى كتابى التهذيب و الاستبصار، و لعل كان مقصوده من الاخبار هى الاخبار الوارده فى خيار الحيوان، بتقريب أن الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام و ان لم يشترط فيكون فى غيره كذلك اذا اشترط الخيار و لكن لم يعين مدته بطريق أولى.

و لا يخفى عدم تماميه هذا التقريب، فان خيار الحيوان فى الثلاثه قام عليه

---

(١) الخلاف الجزء (١) الصفحه ٥١٢ المسأله ٢٥.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۲

قوله: مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد (١).

الدليل و أما فى المقام فلا دليل.

و قد روى فى كتب العامه أن حنان بن منفذ كان يخدع فى البيع لشجه أصابته فى رأسه، فقال له النبى صلى اللّه عليه و آله: اذا بعت فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلاثا «١».

و هذه الروايه من حيث السند لا اعتبار بها، و أما من حيث الدلاله فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان الاستدلال بمثل هذه الروايه لا ثبات مده الخيار ثلاثه أيام كالاستدلال على وجوب الجهر فى صلاه الجمعه بقوله «الماء اذا بلغ قدر كر لا ينجسه شى ء»، و أما جعل الخيار ثلاثا لحنان يمكن أن يكون من باب أنه صلى اللّه عليه و آله ولى الامر بجعل الخيار له لمصلحه قد علمها، و لا وجه للتسريه، و معنى قوله «لا خلابه» يحتمل ان يكون خديعه. و الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند، و معها لا تصل النوبه الى البحث عن دلالتها.

و الحاصل ان جعل المده بجميع أقسامها المذكوره باطل عند القوم لسريان الغرر الى البيع.

**[مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد]**

أقول: ملخص كلامه أن مبدأ خيار الشرط من حين العقد و لو لم يصرح به، لانصراف الاطلاق اليه بحسب

الظهور العرفی، الا ـ أن یقال: ان المتبادر من جعل الخیار جعله فی زمان لو لا الخیار لزم العقد، و لکن مقتضی هذا القول کون مبدئه فی الحیوان بعد انقضاء الثلاثه. و ملخص الکلام: ان مقتضی الاطلاق ثبوته من حین العقد.

نعم لو قلنا باستحاله تعدد الخیار لا بد من جعله فی زمان لا یکون خیار من ناحیه أخری. و لذا من یری الاستحاله یلتزم بکون مبدئه من حین التفرق أو

---

(۱) التذکره الصفحه ۵۱۹ المسأله ۱.



قوله: مسأله یصح جعل الخیار للأجنبی (۱).

بعد الثلاثه.

و یرد علیه: ان هذا خلاف تبعیه العقود للقصود، فیلزم الالتزام به من حین العقد أو یلتزم بعدم تحققه، لکن الالتزام بثبوته علی خلاف ما قصد لا دلیل علیه.

ثم انه لو جعل المبدأ من حین التفرق فهل یکون صحیحا أم لا؟ قد تقدم أن الظاهر بناء القوم علی جعل الخیار مع الانفصال، فمن هذه الجهه لا اشکال فیه انما الاشکال من ناحیه الغرر، فلو جعل الخیار من حین التفرق الی آخر الشهر لا اشکال، اذ معلوم أن العقد خیاری الی آخر الشهر اما للمجلس و اما للشرط، و أما لو جعل من حین التفرق الی ثلاثه أیام فربما یشکل، فانه لو احتمل بقاء المجلس مده طویله لا یدری من علیه الخیار أن العقد متزلزل من أی مقدار من الزمان، فیلزم رعایه أن لا یدخل الغرر فی العقد.

### [مسأله یصح جعل الخیار للأجنبی]

#### اشاره

أقول: وقع الکلام فی صحه جعل الخیار للأجنبی و عدمها، و لا بد من البحث فیه من جهات:

**(الجهه الاولی) أنه کما یجوز جعل الغیر وکیلا من قبل ذی الخیار یجوز أیضا جعل الخیار له اصاله أم لا.**

و الکلام تاره فی امکانه و أخری فی اثباته: أما بحسب الامکان فهو أمر ممکن و عدم کونه مالکا للعین لا ینافی کون زمام الامر بیده کما فی ارث الزوجه مع أنها لا ترث من العقار، و لا فرق فیما ذکر بین القول بأن الخیار متعلق بالعقد و بین تعلقه بالعین. و

أما بحسب مقام الاثبات فالتحقيق أن المستفاد من ادله الشروط نفوذ كل شرط الا ما خالف الكتاب و السنه، و شرط الخيار للأجنبى مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء فلا يكون نافذا.



...

و لا يجوز التمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط، لأنه ليس بمشرع، فلا بد أن يكون مشروعيه الشرط ثابته فى الرتبه السابقه حتى يشمله الدليل، لوضوح أن الحكم لا يحقق موضوعه، أضف الى ذلک كله أن مقتضى الاستصحاب أيضا عدم ثبوت حق للأجنبى، فالحق عدم صحه جعل الخيار للأجنبى، فعلى مسلكنا لا تصل النوبه الى البحث عن الجهه الثانيه الا انا نتعرضها على مسلك القوم.

**(الجهه الثانيه) ان الاجنبى على فرض جعل الخيار له لا بد أن يراعى مصلحه الجاعل أم لا.**

و التحقيق أن يقال: ان جعل الخيار له اما يكون على نحو الوكاله و اما على الاصاله، فعلى الاول لا بد من مراعاه مصلحه الموكل الا أن يفهم الاطلاق من التوكيل، و على الثانى فاما مجعول له من الطرفين و اما من طرف واحد، فلو كان مجعولا من الطرفين فلا اشكال فى أن أمر العقد بيده و له أن يفسخ و لو كان بمصلحه أحدهما دون الاخر و ان كان من طرف واحد فاللازم مراعاه صلاحه اذ من يجعل له الخيار يطلب صلاحه فالجعل قاصر من أول الامر فلا استقلال له.

**(الجهه الثالثه) ان جعل الخيار للأجنبى هل يحتاج الى قبوله أم لا؟**

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن قوله «الناس مسلطون على أموالهم» «۱» يدل على سلطنه الناس على أنفسهم بالفحوى، فيحتاج جعل الخيار له اذنه.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه السند، و عمل المشهور على تقدير استنادهم اليه لا يجبر ضعفها. و ثانيا ان الامر ليس كذلک، فانه لو أباح أحد للغير التصرف فى ماله يجوز للمباح له و لا يتوقف على رضاه، كما انه نلتزم

---

(۱) بحار الأنوار، الجزء (۲) الصفحه ۲۷۲.



قوله: مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد (۱).

بجواز الوصيه التمليكيه مع عدم توقفه على رضاه، و العمده هو الدليل على مشروعيه جعل الخيار للأجنبى و مقدار دلالته، و حيث أنه لا دليل فى المقام فلا يحرز و لو مع رضاه و قبوله.

### (الجهه الرابعه) ان الخيار على تقدير صحه الجعل للأجنبى هل ينتقل الى وارثه أم لا؟

و التحقيق فى المقام أن يقال: ان جعل الخيار للأجنبى ان كان بنحو التوكيل فلا ينتقل الخيار الى وارثه لعدم المقتضى، و ان جعل بالاصاله فلا مانع من انتقاله لان ما تركه فلو ارثه.

### (الجهه الخامسه) انه هل ينعزل بعزل الجاعل أم لا؟

الحق أنه ان كان على نحو الوكاله فلا شبهه فى انعزال الوكيل بالعزل، الا أن يقع فى ضمن عقد لازم بل عقد جائز على مسلكنا، و ان كان بنحو الاصاله فلا يبعد بقاؤه و عدم زواله بالعزل، اذ لا وجه لانعزاله بعد ثبوته له لكن جميع ذلك فرض اذ قلنا بأنه لا دليل عليه.

## [مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد]

### اشاره

أقول: ان الاستيمار يتصور على وجهين:

أحدهما- أن يجعل الخيار لنفسه و يشترط الاخر عليه أن لا يختار أحد الطرفين من الفسخ و الامضاء الا بتعيين المستأمر بصيغه المفعول، ففى هذه الصوره لا شبهه فى ثبوت الخيار لمن له الخيار، فاذا فسخ قبل امر المستأمر أو أجاز يكون الفسخ صحيحا و كذا اجازته. نعم كان عاصيا تكليفا و يكون للاخر خيار تخلف الشرط فى صوره الاجازه.

و ثانيهما- أن يكون خياره على تقدير أمر المستأمر، بأن يكون نفس الخيار معلقا على أمر المستأمر و لو فسخ قبل أمر المستأمر أو بعد أمره بالامضاء لم يؤثر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۶

قوله: ثم فى اعتبار مراعاه المستأمر للمصلحه و عدمه وجهان (۱).

و لو أمر المستأمر بالامضاء ليس له الفسخ. نعم لو أمره بالفسخ الظاهر أنه له الاجازه اذ لكل ذى حق اسقاط حقه الا أن يشترط عليه بامتثال أمر المستأمر، ففى هذه الصوره لو لم يمتثل و أمضى العقد يثبت للطرف خيار تخلف الشرط.

و للسيد اليزدى كلام فى حاشيته، و هو أن تعليق الخيار على أمر المستأمر كتعليق الخيار على قدوم الحاج فى كون الشرط غرريا،

و هو يسرى الى البيع فيكون باطلا.

و ما أفاده قدس سره متين جدا لو فرض كون العقد غرريا بهذا الشرط، فان الاشكال وارد من هذه الجهه لا من

جهه التعليق كما توهمه بعض، فان التعليق فى المقام غير مبطل، اذ ليس هذا تعليقا فى العقد بل تعليق فى الشرط. لكن لنا أن نقول: بأن جعل الخيار بهذا النحو ليس أسوأ حالا من جعل الخيار للمشروط له بنحو الاستقلال فلا غرر.

### [فى اعتبار مراعاه المستأمر للمصلحه و عدمه وجهان]

أقول: هل يجب على المستأمر بالفتح أن يراعى مصلحه المستأمر بالكسر فى أمره أم لا؟ و الحق هو الثانى، فان مقتضى الاطلاق ذلك، فانه اذا أمر بالخيار يثبت للمستأمر بالكسر و ان كان على خلاف مصلحته الا أن يقوم قرينه حاليه أو مقاليه على اعتباره. و ربما يقال باعتبار مراعاه المصلحه و الا لا أثر لأمره الا أنه أمر ذوقى لا يمكن التمسك به.

قد استدل على صحه هذا الشرط بعموم دليل الشرط كقوله «المؤمنون عند شروطهم» «۱».

و فيه: ان دليل عموم الشرط كما مر لا يشمل الشرط المخالف للكتاب و السنه، فان شرط الخيار مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد. نعم يمكن اثبات

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۶ من ابواب الخيار، الحديث (۱).



...

الصحه بالاخبار الخاصه الوارده فى المقام، و بعضها و ان كانت ضعيفه سندا الا أن فى الصحيح منها غنى و كفايه، و قد مر التعرض للأخبار الداله على شرط الخيار فى صدر المسأله، و المراد بابن سنان عبد اللّه بن سنان عند الاطلاق و يؤيد ذلك ما فسره صاحب الوسائل.

و مما يدل على جواز جعل الخيار برد الثمن صحيحه سعيد بن يسار قال:

قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنى عشر، و العشره ثلاثه عشر و نؤخر «نوجب» ذلك فيما بيننا و بين

السنه و نحوها و يكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فنعده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى الشراء؟ فقال: أرى انه لك ان لم يفعل، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «۱».

و الاشكال فى الروايه بأنه يمكن أن يكون المراد اشتراط الاقاله. مدفوع، فانه خلاف الظاهر كما أن احتمال كون البيع صوريا أيضا خلاف الظاهر.

و يدل عليه أيضا ما رواه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد اللّه عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى ان أنا جئتك بثمنها الى سنه ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله؟ فقال: الغله للمشترى، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۷ من ابواب الخيار، الحديث (۱).



قوله: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه (۱).

و هذه الروايه واضحه الدلاله على المطلوب، الا أنه نوقش فى سندها بارسالها حتى صاحب الحدائق قد عبر عنها بالمرسله، و لكن الحق خلافه، فان ظاهر قوله «حدثنى» من سمع شهاده باسماع الراوى عن أبى عبد اللّه عليه السلام، و الظاهر من اشهاده كونها عن حس، فانقدح أنه لا اشكال فى جوازه.

**[مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]**

**[الأمر الأول فى أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]**

**اشاره**

أقول: ان المصنف قدس سره

بعد اثبات صحه اشتراط الخيار رد الثمن تعرض لأمور و نحن نتعرض لها تبعا له:

### (الاول) أن يؤخذ رد الثمن قيدا للخيار

فيكون الخيار متوقفا على رد الثمن و يكون مده الخيار منفصله عن العقد، لان وجود الخيار مشروط برد الثمن فلا يحصل قبله. ثم ان اخذ رد الثمن قيدا للخيار اما بنحو التعليق أو التوقيت، و يمكن أن يكون الفرق بين التعليق و التوقيت بأن يعلق الخيار على رد الثمن بلا توقيت بوقت معين و يعلق على رده فى وقت معين، فالاول تعليق و الثانى توقيت.

و قد أورد فيه بايرادين:

أحدهما- انه تعليق، و هو يوجب البطلان (و يدفع) بأن التعليق فى الشرط لا يوجب البطلان، فان القدر المتيقن من الاجماع على بطلان التعليق هو العقد و هذا تعليق فى الشرط.

ثانيهما- ان جهاله مدته توجب كون البيع غرريا. و الحق أن يفصل بين التوقيت و التعليق بكون الثانى غرريا دون الاول، اذ المفروض أن المده معلومه فى التوقيت بخلاف التعليق.

### (الثانى) أن يؤخذ رد الثمن قيدا للفسخ

بأن يكون له الخيار من أول العقد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۴۹

...

لكن لا يفسخ الا فى زمان رد الثمن، فلو فسخ بلا رد الثمن الظاهر صحه فسخه، لكن للطرف أن لا يسلم العين الا بعد تسلم الثمن، فان الارتكاز العقلائى يقتضى هذا المعنى.

### (الثالث) أن يشترط الفسخ برد الثمن

بأن يفسخ بنفس الرد. و أفاد سيدنا الاستاذ بأنه عين الوجه الثانى و لا وجه لجعله وجها مستقلا.

### (الرابع) أن يؤخذ رد الثمن قيدا لانفساخ العقد.

### اشاره

و لا بـد من تنقيـح هـذا المعنى، فانه لو كان معناه أن العقد ينفسخ بنفسه فهو فاسد لأنه خلاف المقرر الشـرعى، و ان كان مرجع هذا الشرط الى الفسخ من حين العقد معلقا على الرد فلا وجه لفساده،

**فان ما يمكن أن يرد عليه أحد وجوه:**

**الوجه الاول – ان الشرط المذكور داخل فى شرط النتيجه و لا دليل على صحته.**

و الجواب عنه نقضـا و حلاـ: أمـا النقض فبـاشتراط الوكاله فى ضـمن البيع، و أما الحل فان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشـرط لا مانع من شموله لشرط النتيجه.

**الوجه الثانى – أن هذا تعليق فى الشرط و هو باطل.**

و الجواب عنه أنه لا دليل على بطلان مطلق التعليق، فان الـدليل الـدال عليه هو الاجماع فيؤخـذ بالقـدر المتيقن منه و هو العقد. و أما التعليق فى الشرط فلا دليل على بطلانه.

**الوجه الثالث – ان الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد،**

لان العقد لا بد أن يكون محققا حتى يشترط فى ضـمنه انفساخه برد الثمن، و اذا كان البيع منفسـخا بالشـرط الحاصل فى ضـمنه فلا يعقل.

و يرد عليه: ان الاـيراد المـذكور انمـا يرد لو قلنـا بانفسـاخ العقـد فى مرتبه تحققه فى آن واحـد، و أمـا لو قلنا بتأخر الانفساخ عن العقد فلا يلزم ما ذكر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۰

...

**الوجه الرابع – أن الشرط المذكور مخالف للكتاب و السنه،**

لان الفسخ يحتاج الى سبب شرعى، و الانفساخ بنفسه حين رد الثمن خلاف ما قرره الشارع.

و بعباره واضحه: ان انتقال المبيع من المشترى الى البائع بلا إنشاء قولى و فعلى غير ثابت فى الشريعه.

و يرد عليه: انا قد بينا آنفا أن اشتراط الانفساخ فى ضمن العقد على نحو شرط النتيجه إنشاء لفسخ العقد فراجع.

**(الخامس) ان البیع عباره عن التملیک الدائمی، و جعل الخیار بهذا النحو ینافیه.**

و الجواب عنه: أنا لا نسلم التنافی المدعی، بل المفروض أنه یتحقق الملکیه الدائمه ثم ینفسخ العقد من حینه بنحو التعلیق.

فتحصل: ان الشرط المذکور ان کان علی نحو انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل، و ان کان علی نحو شرط النتیجه فی ضمن العقد فلا مانع من نفوذه بعد شمول دلیل وجوب الوفاء بالشرط.

**(السادس) أن یکون رد الثمن شرطا لوجوب الاقاله علی المشتری،**

بأن یلتزم المشتری علی نفسه أن یقیله اذا جاء بالثمن. أفاد الشیخ اذا جاء بالثمن تجب علیه الاقاله و لو أبی أجبره الحاکم أو أقال عنه لأنه ولی کل ممتنع.

**(السابع) أن یکون رد الثمن شرطا للبیع،**

یعنی اذا رد البائع فعلی المشتری أن یبیع العین من البائع و یجب علیه البیع لو رد الثمن للشرط و اذا امتنع یرجع الی الحاکم. هذا تمام الکلام فی الامر الاول.

**(الامر الثانی) أن الثمن المشروط رده اما أن یکون شخصیا، و اما یکون کلیا.**

**اشاره**

و یقع الکلام فی مقامین: أحدهما فی فرض عدم قبض الثمن، ثانیهما فی فرض قبضه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۵۱

...

**(أما المقام الاول) [فی فرض عدم قبض الثمن]**

فأفاد الشیخ قدس سره بأنه یثبت الخیار و ان لم یتحقق الرد، اذ الرد شرط فی صوره القبض.

و الاحسن فی مقام التقریب أن یقال: ان الرد ان کان له موضوعیه فی جعل الخیار فلا یتحقق قبل الرد لعدم تحقق موضوعه، و أما ان کان الرد طریقا لحصول الثمن عند المشتری یثبت الخیار. و حیث أن الظاهر المرتکز هو الثانی یثبت کما أفاده المصنف

قدس سره.

## (و أما المقام الثانى) [فى فرض قبضه]

### اشاره

فيقع الكلام فى ثلاثه فروع:

### الفرع الاول أن يكون الثمن شخصيا،

ففى هـذه الصوره اما يشترط فى الخيار رد عين الثمن المدفوع، فلا اشـكال فى عدم ثبوت الخيار بلا فرق بين بقائها و تلفها، كما أنه لا فرق فى صوره التلف بين أن يكون بفعله أو بفعل الاجنبى بالاختيار أو بغير الاختيار أو يكون بآفه سـماويه. و أما لو اشترط أعم من رد العين فى صوره بقائها و بدلها فى فرض عدمها- كما هو الظاهر المتعارف من رد الثمن- فيثبت الخيار، و لو شرط رد البدل مع قيام العين هل يكون نافذا أم لا؟

ربما يقال بأن قضيه الفسخ هو رجوع كل من العينين الى صاحبه الاصلى، فاشتراط رجوع البدل مع قيام الاصل شرط على خلاف المقرر الشرعى.

و يمكن أن يصـحح الشـرط المـذكور بوجهين: أحـدهما أن يتحقق معـاوضه ببيعه بين الثمن و بـدله بنفس الشـرط المـذكور. و يمكن أن يورد عليه بايرادين:

الاـيراد الاـول- ان هـذا تعليق فى البيع فيكون باطلا. و يمكن أن يجاب عنه بأن التعليق وقع فى ضـمن الشـرط و لا اطلاق لـدليل بطلان التعليق. لكن الظاهر أن الاشكال وارد، فان المفروض أن البيع المعلق فاسد و هذا من مصاديقه.

الايراد الثانى- ان البيع مما له أسباب خاصه، فلا يحصل الا بتلك



...

الاسـباب. و يمكن الجواب عنه بأن البيع لا يتوقف على سـبب خاص بل يحصل بأى سبب كان، و لذا يحصل بالمعاطاه، فالميزان أن يصدق عنوان البيع و لو بمعونه قرينه.

ثانيهما- أن يوكل المشترى البائع أن يبـدل بين الثمن و بـدله، و البائع بعـد الفسخ يتصدى أصاله من نفسه و وكاله عن المشترى. اللهم الا أن يناقش بأنه يكون التعليق فى عقد الوكاله، فلو فرض

بطلان التعليق فى مطلق العقود يعود المحذور.

و لمدعى الصحه أن يستدل باطلاق النص الوارد فى المقام، و هو ما رواه سعيد بن يسار عن أبى عبد اللّه عليه السلام حيث قال: أرى أنه لك أن لم يفعل و ان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه «١».

بتقريب أن قوله عليه السلام «ان جاء بالمال» يعم رد البدل و لو مع بقاء الاصل. لكن الانصاف انه لا اطلاق فى الروايه من هذه الجهه، فان الفسخ يقتضى دخول الثمن فى ملك المشترى و ليست الروايه فى مقام بيان حكم آخر.

و اللّه العالم.

**(الفرع الثانى) ما اذا كان الثمن كليا فى ذمه البائع،**

فلا شبهه فى دفع البدل فى ثبوت الخيار، لان ما فى ذمه البائع يسقط عنها بوقوع العقد. و ان شئت فقل بأن فى ذمته تلف.

**(الفرع الثالث) أن يكون الثمن كليا فى ذمه المشترى،**

فشخصه فى ضمن فرد و المشخص فيه اما تالف و اما باق، أما على الاول فيجرى فيه ما مر من الموضوعيه و الطريقيه، و أما على الثانى فالظاهر أنه بالفسخ ينتقل الى المشترى فلا بد من رده اليه.

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۳

...

**(الامر الثالث) ان الفسخ يحصل بمجرد الرد أو هو مقدمه للفسخ؟**

قال المصنف: قيل ظاهر الاصحاب أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ.

أقول: الحق أن يقال: ان الفسخ يتحقق بكل شى ء يدل عليه من القول و الفعل و الرد من الافعال التى يمكن أن يتحقق به الفسخ، فان هذا واضح على فرض اشتراط الخيار قبل الرد، و أما اذا علق الخيار على الرد فهل يفسخ العقد بنفس الرد أم لا، الظاهر هو الثانى، لان الخيار فى رتبه لاحقه على الرد فكيف يحصل به الفسخ.

قال سيدنا الاستاذ دام ظله: ان تأخر الخيار عن الرد رتبى و هو غير ضائر.

نعم لو كـان الخيـار متـأخرا عن الرد زمانا لا يمكن أن يتحقق بنفس الرد، فلا مانع من كون الفسـخ المتأخر عن الرد رتبه حاصـلا بالرد.

و الظـاهر ان مـا أفـاده تـام، اذ لا نرى مانعا من أن يكون زمان الخيار و الفسـخ واحـدا، فعليه يحصل الخيار بالرد و فى ذلك الان ينفسخ العقد.

و ربما قيل: ان الرد يدل على اراده الفسخ، و الاراده غير مراد.

و أجاب عنه الشـيخ: بأن الرد يـدل على اراده كون المبيع ملكا للبائع و الثمن ملكا للمشترى. و بعباره أخرى: يـدل الرد على اراده الفسخ و لا يعتبر فى الفسخ أزيد من هذا.

و أما الاخبار الوارده فى المقام فالانصاف انه بشكل اثبات الجواز بها، اذ الروايات ليست فى مقام حصول الفسخ و

لو مع فقد الشرائط، و لذا لا يصح الفسخ لورد الثمن بمال مسروق.

و أما روايه معاويه بن ميسره حيث قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۴

...

منه الدار حاصر فشرط أنك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه ... «۱».

فانها على قرض دلالتها لا أثر لها لضعف سندها بمعاويه بن ميسره، لكن الانصاف أنه لا يبعد أن العرف يفهم من قوله «فان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه» أن الفسخ يحصل بالرد.

**(الامر الرابع) ان الخيار لو كان مشروطا بأن يتحقق بعد الرد فهل يجوز اسقاطه قبله أم لا؟**

و الاشكال المتصور فى المقام عباره عن اسقاط ما لم يجب، قال المصنف:

ان مقتضى ما صرح به فى التذكره من أنه لا يجوز اسقاط خيارى الشرط و الحيوان، بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم جواز الاسقاط فيما نحن فيه أيضا، لأنه اسقاط ما لم يجب، الا أن يفرق بين المقامين بأن المشروط له فى المقام مالك للسبب من حيث تملكه للرد الموجب له، فله اسقاطه بخلاف ما فى التذكره.

و يرد عليه: أن الفرق المذكور بين المقامين بكون المشروط له قادرا على الخيار من حيث تملكه للرد فى المقام لا يكون مانعا و لا- جامعا: أما الاول فلا مكان التفرق عن المجلس أيضا، فانه ربما يكون أحد المتعاقدين قادرا على التفرق عن المجلس، فما الفرق بين المقامين.

و أما الثانى فلانه يمكن أن يفرض عدم القدره على الرد فى المقام أيضا، كما اذا اشترط فى ضمن العقد أن يرد الثمن بعد شهر مثلا، فانه لا يقدر على الرد فى الحال. مضافا الى أنه لو

كفى ملك الخيار بملك سببه فى جواز الاسقاط

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۵

...

جاز اسقاط الخيار قبل البيع الخيارى، لأنه يقدر على العقد.

ان قلت: لا- يجوز قياس أحد المقامين بالاخر، فانه لا مقتضى للإسقاط قبل البيع، بخلاف الاسقاط بعد العقد، فان المقتضى للخيار- و هو العقد- موجود.

قلت: ان الفرق المذكور غير فارق بعد كون الملاك القدره على السبب، فانها موجوده فى كلا المقامين.

و ربما يجاب عن الاشكال بأنه ليس دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الا الاجماع، و القدر المتيقن منه غير المقام، حيث أن المقتضى فى المقام موجود بخلاف غيره.

و يرد عليه: أنه و ان كان الامر كذلك لكن الالتزام بصحه الاسقاط يحتاج الى الدليل، و ربما يستدل على صحه اسقاط الخيار قبل الرد بوجه ثالث، و هو أنه بالشرط يتحقق حق للشارط على المشروط عليه بالفعل، فله أن يسقط حقه الموجود، فلا يكون اسقاطا لما لم يجب.

و يرد عليه: ان الشرط قد يتعلق بفعل، كما لو اشترط خياطه ثوب فان المشروط له يملك الخياطه أعم من أن تكون الخياطه راجعه الى الحال أو تكون مقيده بزمان متأخر، غايه الامر يملكها بالفعل بنحو الواجب التعليقى، و قد يتعلق بالنتيجه فان كانت النتيجه ملكيه فعليه ككونه مالكا لدار كذائى له التصرف بالفعل، و أما اذا كان بحيث لا تحصل الملكيه الا بعد مضى زمان فلا ملكيه فعليه كى يتصرف فيها.

و ربما يجاب عن الاشكال بما ورد فى خيارى المجلس و الحيوان من سقوط الاول بالتفرق و الثانى بالتصرف، بتقريب أن مقتضى اطلاق النص سقوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۶

...

الخيار و لو لم يكن

فعليا، فالمقام كذلك.

و يرد عليه: أولا- ان الالتزام بالسقوط فى ذلك المقام بالتعبد، و ثانيا ان الخيار فى بابى المجلس و الحيوان فعلى، فلا جامع بين المقامين.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أنه لو ثبت اجماع تعبدى دال على الجواز يؤخذ به و الا يشكل الالتزام بالجواز.

و لا تصل النوبه الى ما قيل باستصحاب الخيار بعد الشك فى السقوط، لان الاستصحاب المذكور ساقط عن الاعتبار بالمعارضه، لان الخيار لم يكن محققا قبل الرد حتى يستصحب بقاؤه. ثم ان المصنف أفاد بأنه لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معيبا كفى فى الرد و له الاستبدال.

و أفاد المحقق النائينى قدس سره بأن ماليه المال انما هو بصورته النوعيه العرفيه، فلو باع عبدا وحشيا فتبين أنه حمار وحشى بطل البيع سواء عين النوع بنحو التوصيف أو الشرط، كما أنه فى مقام القبض أيضا لو أقبض بدل العبد حمارا بطل القبض، لان المقبوض غير ما تعلق به البيع، فان البيع يتعلق بالصوره النوعيه لا بالماده الهيولائيه.

و أما لو باع عبدا شخصيا موصوفا أو مشروطا بغير صفه الصحه كالكتابه فلو رد العبد و تبين فيه فقد الوصف أو الشرط فله الخيار بين الرضا بالفاقد أو الا رش، و أما لو كان المبيع كليا فحيث أنه يتنوع بالوصف على نوعين فلو رد غير الموصوف فله التبديل، لان ما يستحقه فى عهده المشروط عليه هو القسم المتصف بالوصف فله اسقاط ما يستحقه، و لما لم يمكن اعطاء الوصف فى ضمن العين فيستبدل بعين أخرى.

فان الحق فى المقام أن يقال: ان الرد تاره شرط للفسخ بلا نظر الى كون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۵۷

...

المردود ملكا للمشترى، و أخرى

يكون المقصود رد ملك المشترى. أما على الاول فيثبت الخيار، اذ شرطه حاصل على الفرض لكن المشترى بعد الفسخ يملك الصحيح. و أما على الثانى فلا أثر لرد المعيب. نعم لو اشترط عليه بأن يقبل الاعم يجوز، كما انه يتصور هذا الشرط بغير الجنس. و ملخص الكلام ان رد المعيب فى حد نفسه يكون كعدمه.

**(الامر الخامس) وقع الكلام بينهم فى أن هذا الخيار يسقط بالتصرف أم لا،**

فينبغى أن يقع البحث فى مقامين: الاول فى المقتضى بأن التصرف مقتضى للإسقاط أم لا، الثانى فى المانع.

أما الاول فنقول: ان التصرف بما هو لا يقتضى سقوط الخيار، نعم لو قامت القرينه على كون التصرف رضاء بالبيع يلتزم به، و التمسك بالاخبار «۱» الوارده فى خيار الحيوان بدعوى أن المستفاد منها كون التصرف مسقطا لخيار الحيوان، و حيث أنه ذكر فيها العله يتعدى منه الى المقام بعموم العله. مدفوع بعدم استفاده حكم كلى منها، فان الشارع حكم فى ذلك الباب بسقوط الخيار بالتصرف تعبدا و لا وجه للتعدى الى غير مورده. و الحاصل ان التصرف المجرد عن القرينه لا يقتضى سقوط الخيار، و لا يمكن استفادته من الاخبار الوارده فى خيار الحيوان، و الاجماع على تحققه محتمل المدرك.

فما يمكن أن يقال فى وجه المنع أمور:

(الاول) ان الخيار معلق على رد الثمن فكيف يسقط بالتصرف قبل رد الثمن.

و فيه: أولا- ان هذا الاشكال انما يتوجه فيما لا يكون الخيار ثابتا بالنص، و ثانيا انه لو قلنا بجواز اسقاط ما لم يجب فلا مانع من اسقاطه بالتصرف قبل

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۴ من أبواب الخيار.



...

تحققه برد الثمن. نعم لو قلنا بعدم جوازه فالاشكال وارد، لكن لا فرق من هذه الجهه بين اللفظ و الفعل و

الاشكال مشترک.

(الثانی) ان التصرف لا یکون مسقطا فی المقام، لان بناء المعامله علی التصرف فی العوض فلا یکون کاشفا عن الرضا بالبیع.

و هذا الوجه متین فی حد ذاته الا- أنه لا- یعد من الموانع، بل معناه أنه لیس فیه اقتضاء الاسقاط، و لذا لو قامت قرینه علی أنه أسقط الخیار بالتصرف لا یبقی مجال لهذا التقریب. اضف الی ذلک أنا لا نسلم کون بناء العقد فی هذه المعامله علی التصرف مطلقا، بل یمکن أن یتعلق الغرض بنفس وجود العوض بلا تصرف فیه.

(الثالث) ان المستفاد من موثقه عمار حیث قال علیه السلام «ان جاء بثمنها رد الیه» «۱»، ان الخیار ثابت برد الثمن و لو مع التصرف فی الثمن، و بهذه الموثقه تخصص عموم ما دل علی سقوط الخیار بالتصرف.

و یرد علیه: انا قد بینا أن التصرف لا اقتضاء له لسقوط الخیار، و معه لا تصل النوبه الی التمسک بالمانع، فالعمده فی الاشکال عدم المقتضی.

### (الامر السادس) أنه لو تلف المبیع تکون خسارته علی المشتری

کما أن منافعه له، و هو مقتضی القاعده و النص، بل لا خلاف فیه بین الاصحاب، و انما الکلام فی أن خیار الشرط منوط بوجود المبیع و بقائه أم لا- و فی المسأله أقوال ثلاثه: أحدها سقوط الخیار بتلف المبیع سواء کان التلف بعد الرد أم قبله، ثانیها بقاؤه مطلقا و هو مختار المصنف، و ثالثها التفصیل بین قبل الرد و بعده بأن التلف قبل الرد مسقط له و أما بعده فلا کما ذهب الیه صاحب الجواهر قدس سره.

و ما یمکن أن یقال فی وجه سقوط الخیار بالتلف أمران:

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخیار، الحدیث ۱.



...

الاول- ان الخیار متعلق بالعین، و اذا

تلف المبيع فلا يبقى موضوع للخيار فينتفى بانتفاء موضوعه.

و الجواب عنه: انا لا نسلم كون الخيار متعلقا بالعين، بل انه متعلق بالعقد، و الذى يشهد لذلك أن الغرض من بيع الخيار تصرف البائع فى الثمن و له أن يتلفه بالتلف الاعتبارى أو الحقيقى، فلو كان الخيار متعلقا بالعين لكان منافيا له.

الثانى- أن غرض البائع من الخيار فى البيع المذكور صيانه ماله من التلف فلو تلف فلا مجال للخيار.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم كون غرض البائع صيانه ماله بعينه مطلقا، بل ربما يتعلق غرضه بحفظ ماله أعم منه و من بدله.

و ثانيا: ان الاغراض لا مدخليه لها فى جعل الاحكام، فلا بد من ملاحظه الدليل، فان دل على عدم سقوطه بالتلف نلتزم به بلا ملاحظه غرض البائع.

نعم لو قيد خياره ببقاء العين لكان لهذا الكلام مجال و هذا أمر آخر.

و أما القول الثالث- و هو التفصيل بين قبل الرد و بعده- فقد اختاره صاحب الجواهر، و لعله توهم أن قاعده كل بيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له تشمل ما انتقل عن ذى الخيار، و من ناحيه أخرى لعله توهم أن مقتضى تلك القاعده حق الفسخ و الرجوع الى البدل، فأفاد بأنه لو كان التلف قبل الرد فليس للبائع الفسخ اذ قبل الرد لا خيار له، و أما لو كان التلف بعد الرد يكون له الخيار فيجوز له الفسخ و الرجوع الى البدل.

و على هذا الفرض يكون فى كلامه جهات من الاشكال: الاولى انه يمكن أن يكون الخيار ثابتا قبل الرد كما مر. الثانيه ان مقتضى تلك القاعده تحقق الانفساخ لا ثبوت الخيار و حق الفسخ. الثالثه أن ضمان المبيع فى

المقام على المشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۰

...

أمر على القاعده الاوليه فانه مالك العين، و تلف كل شى ء على مالكه بحسب الطبع الاولى. و كيف كان لا وجه للتفصيل الذى أفاده، فالحق هو القول الثانى الذى اختاره المصنف، أعنى ثبوت الخيار مطلقا.

ثم انه لا- تنافى بين توقف الخيار على بقاء العين و بين وجوب ابقاء العين و ربما يقال: ان الحكم بكون الخيار متوقفا على وجود المبيع و بقائه و الحكم بوجوب ابقاء العين بحالها يتنافيان، لان الواجب المشروط لا يجب حفظ شرطه، فلا يجب الابقاء.

و يرد عليه: ان وجوب الابقاء ينشأ من الشرط، فان البائع يمكن أن يشترط على المشترى شرطين: أحدهما الخيار عند رد الثمن بشرط بقاء العين، و ثانيهما شرط ابقاء العين عليه. فلو تخلف يثبت للبائع خيار تخلف الشرط و ليس له خيار الشرط.

هذا تمام الكلام فيما لو تلف المبيع، و أما لو تلف الثمن فتاره يكون تلفه بعد الرد و أخرى يكون قبله، فيقع الكلام فى مقامين:

الاول: فيما لو تلف الثمن بعد الرد، فهل هو من المشترى أم لا؟ ذهب المصنف قدس سره الى الاول مستدلا بالقاعده المسلمه بأن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له.

و أورد عليه صاحب الجواهر قدس سره بمنع شمول القاعده للثمن، بل هى تخصص بالمبيع فقط. و استظهر ذلك من روايه معاويه بن ميسره قال:

سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر، فشرط انك ان اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل

قد أصاب فی ذلک المال فی ثلاث سنین. قال: هو



...

ماله. و قال ابو عبد اللّه علیه السلام: أ رأیت لو أن الدار احترقت من مال من کانت تکون الدار دار المشتری «۱».

و استشکل الشیخ علی الاستدلال بالروایه بأنه لا وجه للاستظهار المذکور، اذ لیس فیها الا أن نماء الثمن للبائع و تلف المبیع من المشتری، و هما اجماعیان حتی فی مورد کون التلف ممن لا خیار له، فلا حاجه لهما الی تلک الروایه، و لا تکون الروایه مخالفه للقاعده، و انما المخالف لها هی قاعده أن الخراج بالضمان اذا انضمت الی الاجماع علی کون النماء للمالک. نعم الاشکال فی عموم تلک القاعده للثمن کعمومها لجمیع أفراد الخیار، لکن الظاهر من اطلاق غیر واحد عموم القاعده للثمن و اختصاصها بخیار المجلس و الشرط و الحیوان.

اذا عرفت ذلک فاعلم أن تحقیق الکلام فی المقام یستدعی البحث عن أمور:

(الاول) فی وجه استظهار صاحب الجواهر ما ادعاه من الروایه. و یمکن أن یکون وجه استظهاره أنه یستفاد من الروایه ان نماء الثمن للبائع، و بمقتضی قاعده أن الخراج بالضمان یحکم بان التلف علی البائع. لکن قد مر أن الروایه ضعیفه بابن میسره، لعدول الشیخ من الروایه الی الاجماع، اذ لو أغمض عن انضمام قاعده الخراج بالضمان لا- أثر للإجماع و لا للروایه، و مع ضم تلک القاعده الی کل من الاجماع و الروایه یفید و تکون النتیجه خلاف قاعده أن التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له. و الحق أنه لا یحتاج فی اثبات کون النماء للبائع الی الروایه و لا الی الاجماع، فان کون النماء للبائع مع کونه مالکا للثمن أمر

طبیعی علی مقتضی القاعده.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخیار، الحدیث ۳.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۶۲

...

(الثانی) ان قاعده الخراج بالضمان هل له مدرک أم لا؟ و الحق هو الثانی، فان المدرک لها ما رواه الطوسی فی کتاب البیع و هو: قوله صلی اللّه علیه و آله «الخراج بالضمان». و هذه الروایه لا اعتبار بها سندا کما هو ظاهر، و أما من حیث الدلاله فیمکن أن یکون المراد منها أن الضمان العقدی المعاملی یقتضی أن یکون المنافع للضامن و لا یرتبط بالضمان التعبدی، و فی المقام الضمان تعبدی بحکم الشارع.

(الثالث) ان قوله «التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له» هل یعارضه قوله «الخراج بالضمان» أم لا؟ الحق أن دلیل التلف حاکم علی دلیل الضمان، فانه یبطل العقد بالتلف قهرا و لا یبقی موضوع للضمان کما لا یخفی. و ان أبیت عن ذلک فنقول: ان دلیل التلف خاص لاختصاصه بما اذا کان الخیار للطرف الواحد، و أما دلیل الضمان بالخراج فهو عام، فیقدم علیه بقانون تقدم الخاص علی العام.

(الرابع) ان قوله «التلف فی زمن الخیار ممن لا- خیار له» هل یختص بخصوص المبیع أو یشمل الثمن أیضا، و أیضا انه یختص بالخیارات الثلاث و هو المجلس و الحیوان و الشرط أو یعم جمیع الخیارات. و التفصیل فی ذلک و التحقیق فیه موکول الی محله فی أحکام الخیار.

هذا تمام الکلام فی المقام الاول، و أما المقام الثانی- و هو ما کان التلف قبل الرد- فربما یقال: بأن التلف علی البائع، لأنه لا خیار له قبل الرد.

و أورد علیه الشیخ: أولا بأن الخیار ثابت من الاول، و ثانیا بأنه لا فرق بین الخیار المتصل

و المنفصل فلا وجه لما أفيد.

و يرد على الشيخ: أولا أنه يمكن أن يكون الخيار منفصلا عن العقد بحسب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۳

...

الجعل. و ثانيا ان هذا الحكم يمكن أن يكون من أحكام الخيار الفعلى لا الاعم منه و الانشائى، فمع فرض انفصال الخيار لا يتحقق.

ثم ان الشيخ قال: ثم ان قلنا بأن تلف الثمن من المشترى انفسخ البيع، و ان قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيرد البدل و يرتجع المبيع.

و الحق التفصيل بأن نقول: ان شرط الخيار لو كان رد شخص الثمن فلا مجال لبقاء الخيار، و ان كان أعم منه و من بدله فالحق ما أفاده الشيخ.

## (الامر السابع) أنه هل يكفى الرد الى وكيل المشترى أو وليه الخاص كالأب أو العام كالحاكم أو العدول عند عدمه أم لا.

### اشاره

الحق أن يقال: انه لا بد أن يلاحظ سعه الشرط و ضيقه، فلو كان الخيار مشروطا برد الثمن الى خصوص المشترى لا يثبت الخيار بالرد الى غيره، اذ المعامله لا تتحقق، كما أنه لو علق الخيار بالرد الى أعم منه و من وكيله أو وليه يثبت بالرد الى وكيله، و الوجه فيه ظاهر. و انما الكلام فيما لو علق الخيار على الرد اليه من باب الموردیه لا من باب القيديه فهل يجوز الرد الى غيره أم لا؟ ربما يقال بأنه فرق بين التصريح بالعموم و بين عدم التصريح، فمع التصريح بالعموم يجوز الرد الى وكيله و مع عدم التصريح لا يجوز، و لو كان ذكر المشترى من باب الموردیه اذ الشرط للخيار الرد الى المشترى، و دليل الوكاله أو الولايه لا يقتضى أن يكون الرد الى الوكيل ردا الى المشترى، و عليه لو مات البائع يجوز لوارثه أن يرد الثمن الى المشترى، و أما لو مات المشترى فلا يجوز للبائع أن يرد

الى وارثه.

و يمكن الـذب عن هـذا الاشـكال بـأن ذكر المشترى ان كان من باب أنه مورد لا من باب أنه مالك، لا فرق بينه و بين وكيله. و بعباره أخرى: فرق بين كون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۴

...

---

قمّى، سيد تقى طباطبـايى، دراساتـنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلـد، مطبعـه الخيـام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتـنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۱۶۴

الحيثيه المالكيه تقييديه و بين كونها تعليليه، و بتعبير آخر نقول: تاره بلحاظ دليل الوكاله نلتزم بالجواز فللإشكال مجال، و أخرى ندعى بأن دائره الجعل من الاول تسع الوكيل، اذ ذكر المشترى بخصوصه بما انه ذو صـلاحيه لان يتصرف فى المال، و حيث أن وكيله له هذه الصلاحيه فيجوز الرد اليه، فالمتبع سعه الجعل و ضيقه.

**اذا عرفت هذه المقدمه فلنتعرض لجهات البحث فى ضمن مسائل:**

**(الاولى) انه هل يجوز رد الثمن الى الوكيل أو لا بد أن يرد الى نفس المشترى؟**

و الكلام فيه قـد مر آنفـا بـأن الرد الى المشترى ان كـان من بـاب خصوصـيه له فلا يجوز رده الى وكيله، و أما ان كان من باب المورد و انه ذو صلاحيه فى التصرف فى المال يجوز.

**(الثانيه) انه هل يجوز رده الى الحاكم عند عدم التمكن من الوصول اليه،**

و الكلام فيه هو الكلام، فـانه لو كـان للجعل سعه و كان الولى هو الحاكم لعـدم التمكن من الوصول اليه يجوز الرد اليه. و منه يظهر الحال فى الدفع الى العادل أو الفاسق مع فقدان المرتبه السابقه.

**(الثالثه) هل يجوز الرد الى وليه الخاص اذا تحققت المعامله بيده كالأب و الجد أم لا.**

و الحق أن يقـال كمـا قلنـا آنفا: اذا اشترط الرد الى خصوص المشترى بما أن له خصوصـيه فى ذلك فلا يجوز الرد الى وكيله، و أما اذا اشترط أعم من ذلك او أطلق فلا ريب فى جوازه.

**(الرابعه) انه اذا مات المشترى قبل الرد فهل يجوز الرد الى وارثه أم لا؟**

و الحكم يظهر مما مر، فانه تابع للجعل.



...

**(الخامسه) انه اذا مات البائع قبل الرد فهل يثبت الخيار لوارثه بالرد الى المشترى أم لا؟**

و الظاهر أنه لا اشكال فى ثبوته فان ما تركه الميت فلو ارثه.

**(السادسه) انه لو اشترى حاكم للصغير شيئا فهل يجوز للبائع أن يرده الى حاكم آخر أم لا؟**

و الكلام فيه قد ظهر مما بيناه آنفا بأنه لا بد أن يلاحظ كيفيه جعل الشرط سعه و ضيقا، فانه ان كان مختصا بخصوص الحاكم المعين فى مقام الجعل فلا يجوز أن يرده الى الحاكم آخر و لا يجوز له أخذه، و ان كان الرد اليه من باب أنه مورد فيجوز الرد الى الحاكم الثانى. هذا فيما لا يكون مزاحمه مع الاول، و أما مع المزاحمه فلو قلنا بجوازها فيجوز أيضا، و أما لو قلنا بعدم جوازها فلا يجوز، اذ فى هذا الفرض لا تكون الولايه للمزاحم.

**(الامر الثامن) اذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع،**

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، و ليس للمشترى التصرف فى المدفوع اليه لبقائه على ملك البائع. و الظاهر أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه اليه على وجه الثمنيه. نعم لو جعله امانه عنده الى أن يجتمع قدر الثمن فيترتب عليه حكم الامانه من عدم الضمان فى صوره التلف. و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله لا معنى لدفع البعض بعنوان أنه ثمن، اذ المفروض أنه ليس له الفسخ برد البعض فيكون أمانه عند المشترى، فلو تلف عنه لا يكون ضامنا.

و يرد عليه: انه لا نسلم عدم كون دفع البعض على وجه الثمنيه، اذ يمكن أن يدفع بهذا العنوان، غايه الامر لا يترتب عليه الاثر فليس له الفسخ، فيكون نظير المقبوض بالعقد الفاسد من كون اليد يد ضمان.

ثم انه هل يجوز جعل الخيار فى كل جزء بشرط رده أم لا. قال الشيخ:

و لو شرط البائع الفسخ فى كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما

...

قابل المدفوع، و للمشترى خيار التبعيض اذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المده.

و

يقع الكلام فی موضعين: الاول ان اشتراط الخيار برد بعض الثمن صحيح أم لا؟ أما الموضع الاول فربما يقال بعدم الجواز، لان الشرط رد الثمن و رد الجزء ليس مصداقا للشرط، أما الاول فربما يقال انه لا يثبت الخيار برد بعض الثمن، لأنه يتوقف على رد الثمن، اذ المعامله الواحده غير قابله للتبعيض.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما يباع ما يملك و ما لا يملك، فانه صحيح بالنسبه الى ما يملك و باطل بالنسبه الى ما لا يملك. و أما الحل فبأن الانشاء واحد لكن المنشأ متعدد.

لكن الانصاف أن الالتزام بالصحه فی غايه الاشكال، لأنا ذكرنا أن اشتراط الخيار على خلاف القاعده و خلاف الكتاب و السنه، و انما التزمنا به لأجل النص الخاص الوارد فی المقام، و حيث أنه لا يشمل المقام فلا يمكن الالتزام به.

و على هذا فلا تصل النوبه الى البحث عن المقام الثانی، و هو ثبوت خيار تبعض الصفقه للمشتری.

لكن لو تنزلنا عما قلناه فی المقام الاول فهل يكون للمشتری خيار تبعض الصفقه كما عليه الشيخ؟ فنقول: ان خيار تبعض الصفقه ليس له عنوان مستقل فی الفقه بل هو داخل فی خيار تخلف الشرط، فلو جعل للبائع الخيار برد كل جزء بلا اشتراط شی ء عليه لا- يتحقق خيار للمشتری لعدم المقتضی، و لو جعل له الخيار فی كل جزء لكن بشرط رد تمامه تدريجا ففی صوره التبعيض و مضی المده يكشف فساد فسخه، لان جعل الخيار كان بنحو مقيد و المفروض أن القيد لم يتحقق، و لو جعل له الخيار فی كل جزء لكن اشترط عليه بأنه لا يبعض فلو بعض

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۶۷

قوله: مسأله

لا اشکال و لا خلاف فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع و جریانه فی کل معاوضه لازمه (۱).

و مضت المده یثبت للمشتری خیار تخلف الشرط و ان شئت سمه خیار التبعض.

ثم انه هل یجوز جعل الخیار برد جزء غیر معین من الثمن أم لا؟ ربما یقال بعدم الجواز للغرر، و أفاد سیدنا الاستاذ علی ما فی التقریر بأنه لا یلزم الغرر اذ المجعول أقل ما یصدق علیه عنوان الرد بنحو اللابشرط عن الزیاده فلا غرر.

و ما أفاده تام ان کان المراد من الجزء ما ذکره، و أما ان کان المراد مقدارا معینا عند البائع مجهولا عند المشتری فلا یتم ما أفاده. و علیه نقول: لو التزمنا بفساد البیع الغرری و صدق هذا العنوان فلا بد من الالتزام بالفساد، لکن حیث أن الغرر بمعنی الخطر یمکن أن یتصور فی بعض الموارد عدم صدق الخطر و ان المقدم یعلم بأنه رابح علی کل تقدیر، و تمیز الموارد موکول بنظر المتعاقدین.

**(الامر التاسع) قال المصنف: انه کما یجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن کذا یجوز للمشتری اشتراط الفسخ برد المثمن.**

و الحق أن یقال: ان المدرک فی المقام ان کان دلیل وجوب الوفاء بالشرط لا یمکن الالتزام بصحه الشرط المذکور لکونه خلاف الکتاب و السنه، و انما التزمنا بصحه اشتراط الخیار عند رد الثمن للروایات الخاصه. و ان کان المدرک الروایات الخاصه فأیضا یشکل الالتزام بالجواز، فان موردها شرط رد الثمن فلا یتعدی الی غیر موردها. لکن لا یبعد أن یکون الجواز بین الاصحاب مما لا شبهه فیه، و علی تقدیر الجواز یجری فیه جمیع ما ذکرناه فی رد الثمن فلاحظ.

**[مسأله لا إشکال و لا خلاف فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع و جریانه فی کل معاوضه لازمه]**

**اشاره**

أقول: یقع الکلام فی أن هذا الخیار یجری فی غیر البیع من العقود

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۶۸

...

اللازمه، و هل یجری فی العقود الجائزه، و هل یجری فی الایقاعات؟ فلا بد من البحث فی مقامات ثلاث:

**(المقام الاول) فی جریانه فی غیر البیع من العقود اللازمه و عدم جریانه.**

**اشاره**

و الحق أن يقـال انه لو كان المـدرك تلك النصوص الخاصه فلا يمكن التعـدى الى غير البيع، اذ لا عموم و لا اطلاق فيها، فعليه لا بـد من النظر الى كل واحـد من العقود اللازمه كى نرى أنه يمكن الالتزام بجريان الخيار فيه بحسب ما بأيدينا أم لا، فنقول: ان من العقود اللازمه هى الاجاره فهل يجرى فيه خيار الشـرط أم لا. الحق أن يقال: انه لا شـبهه فى جريانه لقيام السيره الكاشفه عن رأى المعصوم فلاـ مجـال للبحث عن شـمول الروايـات لها و عـدمه، اذ أن المفروض أن جريان هـذا الشـرط فيها أمر مسـلم عند المتشـرعه بما هم كذلك و منها النكاح، أما من ناحيه المقتضـى فالحق عدم ما يقتضى الجواز، فان النصوص الخاصه لا تشمله و دليل الشرط أيضا لا يشمله، لان هذا الشرط على خلاف الكتاب فانه يجب الوفاء بالعقد.

و لو وصـلت الى مرحله الشك لا يجوز التمسك بالـدليل، اذ مقتضـى الاستصـحاب أن هذا الحق لم يجعل فى الشـريعه، فشـرطه على خلاف الجعل الشرعى. مضافا الى أن عدم الجواز لعله مما لا شبهه فيه و لا كلام فيه بين الاصحاب،

**و أما من ناحيه المانع فربما يعد موانع فى المقام:**

**المانع الاول – قيام الاجماع على عدم جواز الشرط المذكور فى النكاح.**

و فيه ما فيه، فانه كيف يحصل فى مثل المقام اجماع تعبدى.

**المانع الثانى – انه ثبت فى الشريعه أن رافع النكاح انما هو الطلاق فلا يرتفع بالفسخ.**

و فيه أن اثبات الشى ء لا ينفى ما عداه، و الذى يشهد لما ذكرنا أن الخيار ثابت فى النكاح فى جمله من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۶۹

...

**المانع الثالث – ان الخيار يجرى فى مورد يكون التقايل فيه جائزا كالبيع مثلا،**

و بما أن التقايل لا طريق له فى النكاح فكـذلك الخيار. و فيه ان هـذا مجرد ادعاء، و لذا يجرى الخيار فى النكاح ببعض العيوب، فلا ملازمه بين الامرين.

**المانع الرابع – ان النكاح فيه شائبه العباده، و كل ما كان كذلك فلا يقبل الرجوع،**

لقوله «ما كان للّه لا رجعه فيه» «۱».

و فيه: أولاـ بالنقض فى موارد يجوز الرجوع فيها، كما اذا تحقق أحد من موجبات فسخ النكاح. و ثانيا ان النكاح لا يشترط فيه قصد القربه قطعا.

**المانع الخامس – ان جعل خيار الفسخ فى النكاح موجب لابتذال المزوجه و هو ضرر عليها فيشمله دليل نفى الضرر.**

و يرد عليه: أولاـ ان الدليل أخص من المدعى، اذ ربما لا يكون كذلك بل يكون الامر بالعكس. و ثانيا ان الزوجه بنفسها قد أقدمت على ذلك على الفرض و مع الاقدام كيف يمكن التمسك بدليل نفى الضرر.

أضف الى ذلك أن دليل نفى الضرر لا يستفاد منه الا الحكم التكليفى و هى الحرمه، و هى لا تنافى الصحه كما حقق فى محله.

**المانع السادس – ان بناء النكاح يكون على الدوام، فيكون شرط الخيار منافيا لمقتضى العقد.**

و يرد عليه: انه لا ينافى الدوام بل يؤيده، و انما المنافى للدوام التوقيت لا جعل الخيار.

**المانع السابع – ان لزوم النكاح حكمى فلا يكون قابلا للفسخ.**

و فيه: انه أول الدعوى. و ملخص الكلام أن القصور فى ناحيه المقتضى

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۱ من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۰

...

و تسلم الامر عند الكل و منها الوقف.

**و ما قيل أو يمكن أن يقال فى عدم جواز اشتراط خيار الفسخ فيه أمور:**

**الاول – الاجماع.**

و فيه ما تكرر منا من الاشكال فى الاجماعات.

### الثانی– ان الوقف من الامور العبادیه

و لذا یشترط فی تحققه قصد القربه فیکون داخلا فی عموم قوله «ما کان للّه فلا رجعه فیه» «۱».

و استشکل سیدنا الاستاذ دام ظله بأن هذه الروایه لا تعم جمیع ما کان للّه، فانها ناظره الی ما کان قصد القربه مقوما له کالصدقه، و أما ما لم یکن کذلک بل کان قصد القربه شرطا له کما فی المقام فلا تشمله الروایه و الا یلزم عدم جواز الفسخ فی البیع الذی تحقق له تعالی.

و یرد علیه: ان ما أفاده خلاف الاطلاق المستفاد من الروایه، فان مقتضی اطلاق الروایه أن کلما یکون له تعالی لا رجوع فیه. لکن الاشکال فی اشتراط القربه فی الوقف، و لذا قیل یصح الوقف من الکافر و کیف یتمشی منه قصد التقرب و لا شبهه فی صحه وقف المخالف و الحال أن الولایه شرط صحه العباده.

### الثالث– ان الوقف عباره عن فک الملک و لا یقابل بالعوض،

و الخیار انما یتحقق فی المعاوضات.

و یرد علیه: أولا انا لا نسلم کون الوقف فک الملک مطلقا، بل ربما یکون تملیکا غایه الامر یکون ملکا محبوسا لا یجوز لمالکه التصرف فیه.

و ثانیا: انا لا نسلم ان العقد لو لم تکن فیه المعاوضه لا یتحقق فیه الخیار.

و ان شئت فقل الاشکال إما ناش من عدم العوض فلینتقض بالهبه المعوضه، و اما ناش من عدم کونه ملکا فنقول ربما یکون ملکا مضافا بأن التحریر لا یمکن

---

(۱) الوسائل، الباب ۳ من الوقوف، الحدیث ۳.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۷۱

...

الرجوع فیه أول الکلام.

### الرابع– ان بناء الوقف یکون علی التأبید فجعل الخیار ینافیه.

و فيه: أولاـ ان بناء الوقف لاـ يكون على التأبيد مطلقا، فان الوقف الموقت جائز على ما سلكناه. و ثانيا انه لا منافاه بين التأبيد و جعل الخيار، كما أن الامر كذلك فى البيع فان البناء فيه على التأبيد و يجوز جعل الخيار فيه.

ان قلت: ان الوقف يقتضى سكون الموقوف و عدم حركته، و اشتراط الخيار ينافيه.

و فيه: ان الاقتضاء المذكور فى الوقف انما يكون فيما لا يجعل فيه الخيار و الا فلا اقتضاء فيه.

**الخامس- النص الوارد فى المقام،**

فان فى المقام روايتين:

الاولى- ما رواه اسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير. قال: ان احتجت الى شى ء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله اللّه يكون له فى حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقه. قال: يرجع ميراثا على أهله «۱».

و تقريب الاستدلال: ان الشرط فاسد فيفسد العقد، و لذا حكم عليه السلام بانتقاله ارثا، اذ الانتقال لم يتحقق بالوقف.

و ربما يستدل بها على الصحه، حيث أن الامام حكم بكون العين ميراثا فيصح جعل الخيار.

و استشكل سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الاستدلال على الصحه يحتاج الى تقدير، بأن يقول السائل فاحتاج ففسخ، و هو خلاف الظاهر.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۳ من أبواب الوقوف، الحديث (۳).



...

و يرد عليه: ان هذا المعنى يستفاد من ظاهر الروايه و لا يحتاج الى التقدير لكن الحق أن يقال: ان الروايتين المذكورتين خارجتان عن موضوع البحث فانهما تدلان على صحه الوقف الموقت.

و أفاد سيدنا الاستاد دام ظله بأن كلما يجرى التقايل فيه يجرى الخيار فيه و

كلما لا يجرى التقايل فيه لا يجرى الخيار فيه، و حيث ان الوقف لا يجرى فيه الاقاله لا يجرى فيه الخيار.

و فيه: انه لا يرتبط أحد البابين بالاخر كما تقدم، فلو ثبت اجماع تعبدى على الجواز نلتزم به، و الا فعلى القاعده لا يجوز جعل الخيار فيه بالشرط، فان مقتضى عدم جعل هذا الحق فى الشريعه يقتضى أن يكون شرط الخيار خلاف المقرر الشرعى فلا يصح، كما أن مقتضى عدم الانتقال بالفسخ فساد الشرط.

و منها- الصدقه. و استدل على عدم الجواز بالنص الدال على أن ما كان للّه لا يرجع. و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن هذا حكم طبعى كالبيع حيث ان طبعه اللزوم و لا ينافيه جعل الخيار، فالاولى فى التقريب أن يقال: انه يفهم من هذا العام حكما غير قابل للتخصيص، كقوله «ما خالف الكتاب فاضربه على الجدار».

و يرد عليه: ان الاطلاق المستفاد من الروايه يقتضى الفساد.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأن مفاد الروايه الرجوع بلا جعل الخيار و أما معه فلا تدل عليه الروايه. و فيه: أنه خلاف الاطلاق المستفاد منها.

و أفاد أيضا: ان الرجوع بالخيار لا يكون رجوعا، لان اخراج المال بالخيار ليس اخراجا على كل حال و هو ليس اخراجا حقيقه. و ما أفاده أيضا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۳

...

فاسد، فان الاخراج بالخيار مصداق للإخراج. و الحق أنه لا قصور فى الروايه دلاله، مضافا الى أن الشك فى الصحه يكفى للبطلان كما أفاده قدس سره.

و منها- الصلح. فانه هل يجوز فيه جعل الخيار مطلقا أو لا يجوز كذلك أو يفصل بين ما كان فائدته الابراء فلا يجوز و بين غيره فيجوز؟ فنقول: لو قلنا

بـان الصـلح ليس عقـدا برأسه فلاـ مجـال لهـذا البحث فيه، و ان قلنا انه عقـد برأسه فنقول لا مجال للتمسك بالإجماع لما فيه من الاشـكال، لكن حيث أن عموم وجوب الوفاء يقتضـى اللزوم فالشرط يكون على خلاف الكتاب، كما أن مقتضى عدم هذا الحق مجعولا من قبل الشارع يقتضى فساد الشرط.

و منها- الضـمان. أفاد المحقق النائينى قدس سره بأن لزومه حكمى، و المراد باللزوم الحكمى أنه لا يجرى فيه التقايل. و أفاد بأن أثره انتقال الضـمان الى ذمه الضامن فلا يضـمن المضـمون عنه الا بضمان آخر. و هذا الذى أفاده قدس سره لا يكون برهانا على المدعى، و قد ذكرنا أن جريان الخيار لا يسـتلزم جواز التقايل، فان كلا منهما يتوقف على دليله، و العمده أن شرط الخيار يحتاج الى الدليل، و حيث لا يكون فلا يمكن الالتزام به، و دليل نفوذ الشرط لا يحقق موضوعه.

و منها- الرهن. فان المصرح به فى كلام غايه المرام على ما فى كلام الشيخ قدس سره أن جعل الخيار فيه ينافى كونه وثيقه.

و فيه: انه ان ساعد الدليل فلا اشـكال من هذه الناحيه، اذ المفروض أنه برضـى الطرفين، فالعمده عدم الدليل، بل مقتضـى الاصل عدم المشروعيه.

و منها- الصرف نقل عن بعض الشافعيه أن مصلحه اشتراط القبض فى المجلس لقطع العلقه و جعل الخيار ينافى هذا الغرض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۴

...

و فيه: أولاـ مـا الـدليل على كون المصـلحه مـا ذكر، و ثانيـا أنه يمكن أن يقطع العلقه من نـاحيه و يجعـل العلقه من ناحيه أخرى بالتراضـى بين المتعاقـدين، و العمده مساعده الدليل. و يمكن أن ما ادعاه الشافعى يكون سـببا لما عن السـرائر و الغنيه من دعوى الاجماع

على عدم دخول الخيار فيه، و حال مثل هذه الاجماعات ظاهر.

و منها- القسمه. و فصل الشيخ بين القولى منها و الفعلى فالتزم بالجواز فى الاول و بالمنع فى الثانى، بدعوى أنه لا يمكن أن يرتبط القول بالفعل، و حيث أن الشرط متحقق بالقول فلا يجرى فى الفعلى منها و لذا لا يجرى فى المعاطاه أيضا.

و يرد عليه: أولاـ أنه لا مانع من ارتباط القول بالفعل كما هو ظاهر، و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الاشتراط بدال فعلى و لو مع ضم القرائن أو المقاوله السابقه على العقد، فالعمده أن القصور فى المقتضى و عدم الدليل فى مقام الاثبات.

**و ملخص الكلام أنه يمكن الالتزام بجريان شرط الخيار فى العقود اللازمه بأحد أمور:**

**الاول- الاجماع.**

و اشكاله ظاهر.

**الثانى- بأن اطلاق دليل الشرط يقتضى الصحه.**

و فيه: ان الحكم لا يحقق موضوعه و دليل الاشتراط ليس مشرعا فلا بد من اثبات الجواز فى الرتبه السابقه.

**الثالث- عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد،**

بدعوى أنه يقتضى صحه العقد بتمام شئونه و الشرط من شئونه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۵

...

و فيه: انه يشترط فى الشرط أن لا يكون مخالفا، و الاصل يقتضى عدم جعل هذا الحق للشارط.

**الرابع- أن الاقاله جائزه فشرط الخيار أيضا جائز.**

و فيه: انه لاـ ملازمه بين الامرين، فان الاقاله رفع اليد من العقد من الجانبين، و الفسخ رفع اليد و لو مع عدم رضى الاخر. و الحاصل انه لا تلازم بين الامرين، فانقدح أنه لو لم يقم دليل على الجواز ففى كل مورد شك فى الجواز الاصل عدم الجواز و فساد الشرط.

**(المقام الثانی) انه هل یجری خیار الشرط فی العقود الجائزه أم لا.**

**اشاره**

و استدل علی عدم الخیار بأمور:

**الاول – ان جعل الخیار مع کون العقد جائزا یکون لغوا،**

اذ العقد الجائز لا ینفک عن الجواز فلا یترتب علیه أثر فیکون لغوا.

و یرد علیه: انه لا ـ نسلم کونه لغوا بل یترتب علیه الاثر و هو انتقاله الی الورثه بموت من یکون له الخیار. و أیضا یظهر أثر الجعل فی صوره لزوم العقد الجائز کتصرف المتهب فی العین الموهوبه

**الثانی – ان اشتراط الخیار فی العقد الجائز یوجب اجتماع المثلین.**

و فیه: انه قد مر الجواب عنه فی بحث خیار المجلس، مضافا الی ما قیل ان الخیار الحکمی متعلق بالعین و الحقی متعلق بالعقد.

**الثالث – ان اشتراط الخیار فی المقام تحصیل للحاصل،**

فان جواز الفسخ حاصل و لا یحتاج الی تحصیله باشتراط الخیار.

و فیه: ان الحاصل بالشرط فرد آخر من الخیار غیر ما کان حاصلا، فلیس

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۷۶

...

تحصیلا للحاصل.

**الرابع – ان اشتراط الخیار فی العقود الاذنیه لا یرجع الی محصل،**

لان وجود العقد متقوم بالاذن فاذا رفع الاذن عن اذنه یرتفع الجواز.

و یرد علیه: أولا ان الـدلیل اخص من المدعی لعدم کون العقود الجائزه إذنیه بتمامها، و ثانیا ان العقود الاذنیه اذا تحققت بصوره

العقد يترتب عليها أحكام العقود و منها اشتراط الخيار فيها.

و لكن الذى يسهل الخطب أن الكلام فى المقتضى، فانه لا دليل على صحه هذا الشرط، و اذا شك فيه فالاصل عدمه. و لا يمكن التمسك بالعمومات لكونه شبهه مصداقيه، و أصاله عدم جعل الشارع هذا الحق للمتعاقدين يقتضى أن يكون الشرط على خلاف السنه.

**(المقام الثالث) فى جريانه فى الايقاعات و عدمه،**

**اشاره**

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم الجواز أمور:

**الاول - الاجماع،**

فانه نقل عن المبسوط دعوى الاجماع على عدم جريانه فى الطلاق و العتق، و عن المسالك دعواه على عدم جريانه فى الابراء.

و فيه: انه على فرض تحققه محتمل المدرك.

**الثانى - ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الواقع فى ضمن الايقاع**

كما انه منصرف عن الشرط الابتدائى، و عن القاموس ان الشرط التزام فى ضمن البيع و غيره بناء على كون المراد بالغير بقيه العقود.

و فيه: انه لا وجه للانصراف، و لا يلزم فى صدق عنوان الشرط تحقق الالتزامين بل يصدق و لو فى ضمن التزام واحد، و الشرط الابتدائى خارج بالتخصص

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۷

...

أو بالتخصيص.

**الثالث - ان الايقاع أمر يقوم بالطرف الواحد و الشرط يتوقف تحققه على وجود الطرفين فلا يتحقق فى ضمنه.**

و فيه: انه لاـ تنافى بين كون الايقاع قائما بشخص واحد، و الشرط الواقع فى ضمنه قائما بطرفين كما اعتق عبده و يشترط عليه شرطا.

**الرابع – ان الايقاع أمر عدمى**

فان العتق ازاله للملكيه و الفسخ أيضا ازاله للأمر الثابت، فمعنى الخيار فيه اعتبار العدم فى العدم.

و فيه: أنه يلزم أن يلاحظ وجه الاشكال، فان الاشكال اذا كان من باب استحاله اعاده المعدوم فهذا الاشكال فلسفى و تحقيقه موكول الى بحثه، و ربما يقال بجواز الاعاده. و كيف كان هذا الاشكال مشترك بين المقام و بقيه الموارد التى يجرى فيها الخيار، مضافا الى أنه ليس اعاده للمعدوم بل ايجاد لفرد مماثل للمعدوم و انما النظر المسامحى يراه اعاده، و ان كان الاشكال من ناحيه أن الفسخ ازاله للأمر الثابت فلا معنى لان يتعلق بالامر العدمى، فجوابه أنه لو كان مرجع الفسخ فى مثل هذه الموارد الى ايجاد أمر وجودى فلا اشكال، فان الرجوع فى العتق يرجع الى ايجاد الرقيه.

**الخامس – ان المنشأ كعتق العبد مثلا اما معلق على شى ء و اما غير معلق،**

فعلى الاول يرد عليه أن التعليق مبطل له، و على الثانى يكون الشرط ابتدائيا فلا يجب الوفاء به.

و يرد عليه: ان المنشأ معلق على التزام الطرف الاخر، الا أنه غير ضائر لان التعليق على أمر موجود بالفعل و محرز وجوده لا يكون مبطلا كما مر منافى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۷۸

قوله: الرابع خيار الغبن (۱).

بعض المباحث. و بعباره أخرى: بطلان التعليق بلحاظ الاجماع و يقتصر فيه على القدر المتيقن منه، و يشهد لما ذكرنا من عدم فساد الايقاع بالتعليق النص الوارد فيه «۱».

**السادس – ان الخيار ملک فسخ العقد و لا حل الا بين الامرين فلا موضوع له فى الايقاع.**

و فيه: ان الخيار عباره عن ملک فسخ ما أحقه ذو الخيار فله أن يرفع اليد عما فعله و اعتبره، و يشهد له صحه الاستعمالات المتداوله كقوله «عرفت اللّه بفسخ العزائم».

فانقدح مما تقدم أن العمده فى الاشكال عدم المقتضى للصحه، اذ دليل الشرط لا يكون مشرعا، مضافا الى ان أصاله عدم جعل الشارع هذا الحق للموقع يقتضى أن يكون الشرط خلاف السنه فيبطل.

## [القسم الرابع خيار الغبن]

### اشاره

أقول: انه نقل عن الصحاح ان الغبن بالتسكين نقص فی البيع و بالتحريک نقص فی الرأی، و هو فی الاصطلاح معاوضه المال بما يزيد علی قيمته السوقيه و لا تكون الخديعه معتبره فی صدق الغبن، كما أنه لا يشترط فيه كون المغبون جاهلا، و لذا يقال «فلان أقدم علی معامله غبنيه» و ان كان معتبرا فی صدق معناه اللغوی. و علی كل حال ان الغبن ليس بمجمل عند العرف، بل يعلمه الكل و لا حاجه الی اطاله المقال.

و الذی يهمنا فی المقام النظر الی أدله خيار الغبن و البحث عن مقتضاه، و قبل الخوض فی ذكر الادله لا بد أن نقول كما قال الشيخ: ان المراد بالزياده عن القيمه السوقيه أو النقص عنها ما يكون مع ملاحظه ما انضم اليه من الشرط، فلو باع كتابا يساوی عشره دنانير بأقل منه مع اشتراط الخيار لنفسه فلا يكون مغبونا، لان للشرط قسطا من الثمن.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۶ الباب ۱۱ من أبواب العتق.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۷۹

...

**فنقول: ما يمكن أن يقال فی وجه ثبوت هذا الخيار أمور:**

**الوجه الاول- الاجماع.**

و فيه ما عرفت.

**الوجه الثانی- ما استدل به العلامه فی التذكره و هو قوله تعالی «إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ»**

«۱» بتقريب أن المغبون لو عرف الحال لم يرض.

و وجه الشيخ كلامه بأن رضاء المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنی علی عنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه فی الماليه، فكأنه قال اشتريت هذا الذی يساوی درهما بدرهم، فاذا تبين انه لا يسوی درهما تبين انه لم يكن راضيا به عوضا، لكن لما كان المفقود صفه من صفات المبيع لا يكون تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التی لا يوجب تبين فقدها الا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعامله الزامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالايه انما تدل علی عدم لزوم العقد، فاذا حصل

التراضی بالعوض الغیر المساوی کان کالرضا السابق بفحوی حکم الفضولی و المکره.

و أورد علیه الشیخ بوجوه:

الاول- ان الوصف المذکور لیس عنوانا للعوض حتی یوجب تخلفه الخیار بل لیس الا من قبیل الداعی الذی لا یوجب تخلفه شیئا.

الثانی: ان الوصف المذکور قد لا یکون داعیا أیضا، کما اذا کان المقصود ذات المبیع من دون ملاحظه مقدار مالیته، فقد یقدم علی أخذ الشی ء و ان کان ثمنه أضعاف قیمته.

الثالث- ان أخذه علی وجه التقیید لا یوجب خیارا اذا لم یصرح به فی متن العقد.

أقول: ان الاشکال الاول و الثانی من الشیخ علی الاستدلال متین جدا،

---

(۱) سوره النساء: ۲۹.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۸۰

...

و أما الاشکال الثالث منه فلا یمکن المساعده علیه، لأنه لا یجب أن یکون الشرط مذکورا فی متن العقد بل المقدر أیضا کالمذکور. و بهذا التقریب تثبت جمله من الخیارات، الا أنه مع ذلک لا یمکن المساعده علیه، لأنه اما علی نحو التقیید و اما علی نحو

التعليق، أما ان كان بنحو التقييد فالتقييد فى الجزئى الخارجى غير معقول، و على فرض كونه قابلا للتقييد فلا معنى للخيار بل يبطل البيع من رأسه، و ان كان على نحو التعليق فهو أيضا باطل لا يمكن الالتزام به، اذ التعليق يوجب بطلان العقد. مضافا الى أن انتفاء المعلق عليه يوجب البطلان لا ثبوت الخيار.

و أيضا لا- يمكن المساعده على ما ذكره فى مقام التوجيه بأن المقام أولى من باب الفضولى، حيث قال: فاذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى، فانك ترى أن المقام ليس أولى من الفضولى. و لا يمكن قياس المقام به لان العقد تام من جميع الجهات هناك الا الانتساب و هو يحصل بالاجازه فيكون العقد صحيحا، بخلاف المقام فان الكلام فى تحقق شرائطه و اذا تحققت الشرائط لا يحتاج الى الاجازه لحصول الانتساب بدونها، مضافا الى أن لنا كلاما فى الفضولى حققناه فى محله فراجع.

**الوجه الثالث- ما أفاده الشيخ قدس سره حول الآيه الشريفه،**

و هو الاستدلال بصدر الايه، بتقريب: ان أكل المال على وجه الخديعه ببيع ما يسوى درهما بعشره دراهم مع تسلط المخدوع بعد تبين انخداعه على رد المعامله و عدم نفوذ رده أكل للمال بالباطل، أما مع رضاه بعد تبين فلا يعد أكلا بالباطل و مقتضى الايه و ان كان حرمه الاكل حتى قبل تبين الخديعه الا أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعامله.

و يرد عليه: أولا ان الخديعه ليست معتبره فى صدق الغبن حتى يقال ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۱

...

اكل المال على وجه الخديعه أكل المال بالباطل.

و ثانيا- أنه ان كان اكل المال بالسبب الصحيح و هو البيع فلا يكون باطلا و ان كان

بالسبب الباطل فلا وجه لصحته بعد ذلک، اذ الشی ء لا ينقلب عما هو عليه، فتكون النتيجه البطلان لا الخيار.

و ثالثا- ان الاجماع على تسليم تحققه محتمل المدرک فلا يعتنى به.

و رابعا- ان الباء فی کلمه «بالباطل» سببيه لا للمقابله، فالاكل فی المقام بسبب صحيح و هو البيع و لا وجه للبطلان.

لا يقال: انا لا نسلم كون البيع الموجود سببا صحيحا للأكل، فانه وقع على وجه الخديعه و هو سبب باطل فالاكل به يعد باطلا. لأنا نقول: لم يقم دليل على بطلان البيع الخدعی.

ثم أفاد المصنف أن صدر الايه الدال على البطلان معارض لذيلها، و هو قوله تعالى «الا أن تكون تجاره عن تراض» بناء على ما ذكرنا من عدم خروج ذلک عن موضوع التراضی، و بعد التكافؤ يرجع الى أصاله اللزوم.

و فيه: ان الاستثناء فی الايه اما منقطع و اما متصل، فعلى الاول يكون عدم التعارض واضحا، لتعدد الموضوع. و على الثانی أيضا يمكن أن يقال بعدم التعارض، لان المتفاهم منه ان اكل المال من دون سبب شرعی و ان كان باطلا الا أنه يجوز ذلک مع رضا صاحبه فيكون الذيل قرينه على صدرها.

و استدرک بقوله: الا أن يقال ان التراضی مع الجهل بالحال يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل اكلا بالباطل. هذا على نسخه و فی بعض النسخ «لا يخرج» مكان «يخرج»، و اختلف بين الاعلام فی زياده حرف النفی و عدمه، فذهب الايروانی قدس سره الى الاول و عليه يرتفع التعارض

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۸۲

...

و أما على الثانی فلم يكن استدراكا للمعارضه بل مقرر لها، و الظاهر هو الاول.

ثم قال قدس سره بأنه يمكن أن يقال: ان آيه التراضی

تشمل غیر صوره الخدع، کما اذا أقدم المغبون علی شراء العین محتملا لکونه بأضعاف قیمته فیدل علی نفی الخیار فی هذه الصوره من دون معارضه، فیثبت عدم الخیار فی الباقی بعدم القول بالفصل، فتعارض مع آیه النهی المختصه بصوره الخدع الشامله غیرها بعدم القول بالفصل، فیرجع بعد تعارضهما بضمیمه عدم القول بالفصل و تکافؤهما الی أصاله اللزوم.

و یرد علیه: ان عدم القول بالفصل لا یمکن التمسک به لإثبات المدعی، اذ لا یکون اجماعا. و علی فرض رجوعه الی الاجماع لا أثر له لاحتمال کونه مدرکیا، مضافا الی أنه اجماع منقول لم تثبت حجیته، أضف الی ذلک أنه لا وجه لعدم الخیار مع احتمال التفاوت، فانه لو تم دلیل الخیار یقتضی ثبوته حتی فی صوره الاحتمال.

**(الوجه الرابع) ما أفاده المحقق النائینی قدس سره من الاستدلال بالآیه الشریفه بمجموع المستثنی و المستثنی منه،**

بتقریب: ان معنی الایه الشریفه فی قوه أن یقال: لا تتملکوا أموالکم بینکم بوجه من الوجوه فانه باطل الاعلی وجه التکسب عن رضا، فالتملک بدون رضا المغبون تملک بالباطل و مع رضاه تملک صحیح.

ثم ان رضاه بالتجاره بمعناها الاسمی المصدری هو المعتبر فی العقد و رضاه بها حاصل مع عدم علمه بالغبن، و أما مع علمه به فاذا رضی به دخل فی عقد المستثنی و الا دخل فی المستثنی منه، و لا نعنی بالخیار فی المقام الا ذلک.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۸۳

...

نعم لو کان المراد معناها المصدری فمع عدم حصول الرضا تبطل رأسا و لا یمکن تصحیحه بالاجازه اللاحقه.

و یرد علیه: أولا- أن نتیجه ما أفاده قدس سره هو بطلان البیع لا- ثبوت الخیار، لان المفروض عدم الرضا فیدخل فی التملک الباطل.

و ثانیا- انا لا نسلم لزوم الرضا فی صحه التجاره بقاء أیضا، بل ان الرضا فی الحدوث

كاف لصحه التجاره، و هى كانت موجوده فى المقام على الرضا.

و ثالثا- ان الفرق المذكور بين المصدر و اسم المصدر بأن الثانى له اعتبار استمرار و بقاء و قابل لان يلحقه الرضا بعد العقد بخلاف الاول، لا يساعده الدليل بل التفكيك بينهما غير معقول فى بعض الموارد كما فى المقام و فى الضرب. نعم ان ما ذكره صحيح فى بعض الموارد كالطهاره مثلا، الا أن الحكم بذلك فى جميع الموارد كما ترى.

و رابعا- انه لا دليل على كون الشرط معنى اسم المصدر، بل الظاهر ان الشرط هو المعنى المصدرى.

**(الوجه الخامس) قوله صلى اللّه عليه و آله «لا ضرر و لا ضرار»**

«۱» بتقريب ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه. و بعباره أخرى: ان الحكم بلزوم العقد ضرر على المغبون، و هو منفى فى الشريعه المقدسه.

و افاد الشيخ قدس سره: بأن هذا الدليل أقوى ما استدل به العلامه فى التذكره و غيرها. و لا يخفى أن الاستدلال بالقاعده مبنى على مسلك المشهور، و أما على ما سلكناه تبعا لشيخ الشريعه قدس سره من أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار لا نفى الحكم الضررى فلا مجال للتمسك بها كما هو ظاهر. نعم

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۷ من أبواب الخيار.



...

على مسلك المشهور للتمسك بها مجال، لكن مع ذلك يرد عليه أمور:

منها- ان دليل نفى الضرر ينفى الحكم على مبنى المشهور و لا يثبت به تغريم الغابن. و بعباره أخرى: انه من الادله النافيه لا المثبته، و أما على مسلك المنصور فالمستفاد منه الحكم التكليفى فقط، فقد ذكرنا فى محله أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار بالغير، و التفصيل موكول الى محله.

و منها- أن جريان دليل نفى

الضرر للمغبون معارض لجريانه للغابن، فانه ربما يكون حل العقد ضررا على الغابن، كما اذا كان غرضه التحفظ على أصل الثمن للخصوصيات المطلوبه فيه.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما اذا اشترى الطعام للأكل و لم يكن له ذلك، فهل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمشترى، و أما الحل فبأن تخلف الدواعى و الاغراض لا يعد ضررا عند العقلاء، و بعباره واضحه: ان نقض الغرض لا يترتب عليه أثر.

و منها- ما أورده المصنف قدس سره بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الامضاء بكل الثمن، اذ يحتمل أن يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد، غايه الامر ثبوت خيار التبعض للغابن، فيكون حال المغبون حال المريض اذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشترى فى أن له استرداد الزياده من دون رد جزء من العوض.

و يحتمل أيضا أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الامرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۵

...

أو بدله، و مرجعه أنه يكون للمغبون حق الفسخ اذا لم يرد الغابن المقدار الزائد، فالفرق بين الاحتمالين أنه على الاحتمال الاول يكون الاختيار بيد المغبون فله أن يرضى كما أن له أخذ الزائد من الغابن، و على الاحتمال الثانى ليس له ذلك بل الاختيار بيد الغابن. و بعباره أخرى: على الاحتمال الاول يجوز للمغبون الزام الغابن بدفع الزائد بخلاف الثانى، كما أنه على الاحتمال الاول ليس للمغبون أن يفسخ بمجرد عدم دفع الغابن

الزياده بل له أن يلزمه بـذلك و بعـد عـدم امكان الالزام يجوز له الفسخ، و فى الاحتمال الثانى يجوز الفسخ بمجرد عدم الدفع و عدم الفسخ، فالمبذول يكون غرامه لضرر المشترى الا أن يكون هبه مستقله.

و مـا ذكرنا نظير ما ذكره العلامه فى بيع المرابحه، فانه لو ظهر كـذب البائع ليس للمشترى الخيار، بل البائع مخير بين الفسـخ ورد الزائد، فالمتيقن من حق الفسخ للمغبون صوره امتناع الغابن من رد التفاوت.

ثم انه أفاد بأن المبذول ليس هبه مستقله حتى يقال بأنها لا توجب ارتفاع الخيار. و أيضا لا يكون جزء من العوض كما يقال كى يلزم الجمع بين العوض و المعوض فى الجزء، بـل غرامه نظير الارش فى خيـار العيب، و لـذا لا مجال لان يقال بأن الاستصحاب يقتضـى بقاء الخيار و قبول الهبه لا يوجب سـقوط الحق، فانه يرد فيه أنه ليس هبه بل غرامه أثبتها دليل نفى الضرر، و لان الشك فى الحدوث لا فى البقاء فلا مجال للاستصحاب.

ثم أفاد بأن تدارك ضـرر المغبون بأحد الاحتمالين أولى من اثبات الخيار له، لان الزام الغابن ضـرر عليه، و ضـرره و ان لم يكن بحد المعارضه لكن يوجب ترجيح بعض الاحتمالات، و غرض الغابن التحفظ على ما انتقل اليه. الا أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۶

...

يقال انه فى طرف المغبون كذلك.

و فيما أفاده جهات من الاشكال:

الاولى- لا وجه لاسترداد مقدار من الثمن بلا فسخ البيع فانه ينافى حقيقه المعاوضه.

الثانيه- ان أخذ الزياده هبه مسـتقله، لان ذمه الغابن ليست مشـغوله، و مع عدم الاشتغال يكون المأخوذ منه هبه، اذ الهبه عباره عن التمليك المجانى، فانه لا وجه لاشتغال ذمه الغابن، خصوصا اذا كان جاهلا. و

فى مسأله ظهور كـذب البائع فى مقدار رأس المال الذى فرض فى القواعد اذا انطبقت على ما هو مقرر فهو و الا فالكلام فيها هو الكلام.

الثالثه- أنه لا وجه لترجيح أحد الاحتمالين الاخرين على الاحتمال الاول، اذ كما أن استرداد الثمن من الغابن و إلزامه ضـرر عليه كذلك إلزامه بدفع الغرامه ضرر، فأى وجه للترجيح.

الرابعه- ان دليل لا ضرر لا يقتضى جواز أخذ الغرامه، فان المستفاد من القاعده نفى الحكم لا اثبات شى ء.

ان قلت: ان عـدم أخـذ الغرامه ضـرر على المغبون. قلت: ان الامر و ان كان كـذلك لكن دليل لا ضـرر ينفى الحكم الضـررى لا اثبات حكم يكون عدمه ضرريا.

الخـامسه- ان نقض الغرض ليس ضـررا و على فرضه لاـ يوجب الخيـار، و الاـ يلزم الخيار فى كثير من المعاملات، كما لو اشترى الطعام للأكل و لم يتيسر أو اشترى الدواء للعلاج فلا يحتاج عليه أو علم عدم نفعه و هكذا.

السادسه- انه لا مجال للترديد بين الاحتمال الاول و الاحتمالين الاخيرين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۷

...

لأنه لو كانت المعامله فاسده بالنسـبه الى المقدار الزائد كما هو الاحتمال الثانى أو كان الغابن ضامنا كما هو الاحتمال الثالث فلا تصل النوبه الى الاحتمال الاول لأنه لا ضرر. و ان شئت فقل: ان الاحتمال الاول فى طول الاخيرين لا فى عرضهما.

و منها- ان المسـتفاد من اللاضـرر نفى الضـرر الناشى من حكم الشارع و أما الضرر الناشئ من عند نفسه فلا يمكن رفعه بالدليل المذكور، فان الضرر المتوجه الى المغبون يكون من قبل نفسه.

و يرد عليه: أن الشـخص قـد يكون عالما بالضـرر و يقـدم عليه فلا يكون مشـمولا لقاعده نفى الضـرر كالصـلح المحاباتى، و أما الجاهل بالضرر فلا

يصدق الاقدام به، فالضرر ينشأ من حكم الشارع بلزوم البيع.

و منها- ان اللزوم عباره عن عـدم حل العقد، و هو أمر عدمى ليس قابلا للرفع حتى يرفع بدليل نفى الضـرر، فان المرفوع به لا بد أن يكون أمرا وجوديا.

و يرد عليه: ان اللزوم عباره عن بقاء العلقه الى ما بعد الفسخ، و هو أمر وجودى قابل للرفع، فان عدم الحل يكون من لوازمه.

و منهـا- لو أغمضـنا عن جميع مـا ذكر و قلنـا: ان دليـل نفى الضـرر يصـلح لإثبـات الخيـار، و لكن نقول ان غـايه مـا يثبت به أن للمغبون أن يحل العقـد الا أنه ليس محل النزاع فان المـدعى ثبوت الخيار المصـطلح الـذى هو حق شـرعى قابل للانتقال و هو لا يثبت به.

و منها- أنه على فرض صـحه التمسك بقاعـده نفى الضـرر نقول: ان المسـتفاد منها يكون فساد العقد لا اثبات الخيار، لان أصـل العقد منشأ للضرر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۸۸

...

ان قلت: ان الاجماع قائم على صحه العقد. قلت: ان المنقول منه غير حجه و المحصل منه محتمل المدرك.

لا يقال: ان رفع صـحه العقد يكون خلاف الامتنان. فانه يقال: انه لا نسـلم ذلك، فانه لا شـبهه فى أن دفع الضـرر عن الغير لطف بالنسبه اليه فيكون امتنانيا.

**(الوجه السادس) جمله من الروايات الوارده فى الغبن:**

منها- عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: غبن المؤمن حرام «۱».

و منها- قوله عليه السلام: غبن المسترسل ربا «۲».

و منها- غبن المسترسل سحت «۳».

و لا بد أن نبحث فى هذه الروايات من جهتين: الجهه الاولى فى السند، و الجهه الثانيه فى الدلاله.

(اما الجهه الاولى) فان الروايه الثانيه و الثالثه ضـعيفتان سندا، أما الثانيه فبأبى جميله، و أما الثالثه فلان كتاب المستدرك لا يوجد فى مجموعه

خبر قابل للاعتماد، مضافا الی أن فی السند النوفلی و هو محل الاشکال. نعم لا بأس بالروایه الاولی.

(و أما الجهه الثانیه) فان الروایه الاولی و الثانیه کما تری أجنبیتان عن المدعی، فان کون الغبن رباء أو حراما لا یدل علی ثبوت الخیار للمغبون، و أما الروایه الثالثه فأفاد المصنف قدس سره یحتمل أن یراد کون الغابن بمنزله آکل السحت

---

(۱) الوسائل، الباب (۱۷) من ابواب الخیار، الحدیث (۲).

(۲) المستدرک الجزء (۲) ص ۴۷۴.

(۳) الوسائل، الباب (۱۷) من ابواب الخیار، الحدیث (۱).



...

فی استحقاق العقاب علی أصل العمل، و یحتمل أن یراد کون المقدار الذی یأخذه زائدا علی ما یستحقه بمنزله السحت فی الحرمه و الضمان، و یحتمل اراده کون مجموع العوض المشتمل علی الزیاده بمنزله السحت فی تحریم الاکل فی صوره خاصه، و هی اطلاع المغبون و رده للمعامله المغبون فیها.

و مع الاحتمالین الاولین لا وجه لحمله علی الثالث.

و السحت علی ما یظهر من اللغه عباره عن الحرام، و الظاهر من الروایه أن المقصود ان الغبن بالمعنی المصدری سحت، فیکون المقصود أن الغبن حرام تکلیفی فلا یرتبط بالمقام.

### (الوجه السابع) ما روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله: تلقی الرکبان لا یجوز

فان تلقی و اشتری کان البائع بالخیار اذا ورد السوق «۱». الی أن قال: دلیلنا اجماع الفرقه و أخبارهم، و روی أبو هریره ان النبی صلی اللّه علیه و آله نهی عن تلقی الجلب، فان تلقی متلق فاشتراه فصاحب السلعه بالخیار اذا ورد السوق.

و فیه: أولا انه لا اعتبار بالروایه سندا کما هو ظاهر، و انجبارها بالعمل مخدوش صغری و کبری.

و ثانیا- ان دلالتها علی المدعی مورد الاشکال، اذ غایه ما یستفاد من الروایه أن صاحب السلعه بالخیار اذا ورد السوق بلا تعرض

بالغبن و عـدمه. و من الممكن أن هـذا الخيار بنفسه مجعول فى الشـريعه فى مقابل بقيه الاقسام، و لذا قيل بأنه التزم بعض الفقهاء بثبوت الخيار فى المقام و لو لم يكن غبن، أضف الى ذلك أن ثبوت الخيار فى مورد بلحاظ الغبن لا يقتضى الملكيه.

**(الوجه الثامن) و هو أتم الوجوه و اسدها: ان الانسان مدنى بالطبع يحتاج الى المعاش و المعامله،**

---

(١) الخلاف ص ٥٨١، المسأله ٢٨٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ١٩٠

...

و لو لم يكن تساوى القيمه محفوظا فى المعـامله يختـل أمر العيشه و النظام، و كل واحـد من المتعاملين بحسب النوع يبنى على تساوى العوضين فى المعامله، و لذا قد يصرح به و قد يكتفى بالارتكاز، و المقام من قبيل الثانى.

و بعباره أخرى: ان الظاهر من مقام المعامله و التجاره أن اقـدامه على اعطاء العوض من باب البناء على أنه يسوى هـذا المقـدار و أن العوضين متساويان فى الماليه، فيكون بمنزله اشتراط المساواه، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان البنـاء على التسـاوى يكون من قبيل الـدواعى و تخلفها لا يوجب الخيار، و الا يلزم ثبوت الخيار فى تخلف كل داع و هو كما ترى.

قلت: ان الدواعى اما شخصيه و اما نوعيه، و تخلف الداعى النوعى يرجع الى الاشتراط، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان العقد مطلق و لم يشترط بشى ء.

قلت: انه مقدر ارتكازا، و المقدر كالمذكور. و بهذا التقريب يثبت جمله من الخيارات كخيار تخلف الوصف و تبعض الصفقه و الرؤيه و العيب. و لتوضيـح المقـام نقول: انه لاـ شـبهه فى أن النـاس بنوعهم فى معاملاـتهم فى مقـام حفظ التساوى اما يرجع الى التعليق و اما يرجع الى التقييـد، و ظاهر أن التعليق يبطل العقد، و الجزئى الخارجى غير قابل للتقييد، فينحصـر الامر باشتراط الخيار عند التخلف.

ثم انه هل يكون

مجال لجريان قاعده نفى الضـرر أم لا؟ الظاهر هو الثانى أما على مسـلكنا فظاهر و أما على المشـهور فلانصراف الدليل عن مورد الاقدام و المفروض أن الشـخص مع الالتفات و لو ارتكازا أقدم على المعامله فلا وجه للفساد. مضافا الى السـيره القطعيه المتصله بزمان المعصوم الكاشفه عن صحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۱

قوله: مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالقيمه (۱).

قوله: ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمه بالمره أو ملتفتا اليها و لا بين كونه مسبوقا بالعلم و عدمه و لا بين الجهل المركب و البسيط (۲).

المعاملات الغبنيه، انما الكلام فى ثبوت الخيار و وجهه. نعم لو فرض كون الشخص غافلا بالمره بحيث لم يصدق عنوان الاشتراط حتى بالارتكاز يكون مقتضى قاعده نفى الضرر على مسلك المشهور فساد المعامله، فلاحظ.

### [مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]

### [الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

أقول: أما على مسلكنا فالامر واضح، لأنه لو أقدم عليه مع العلم به فلا معنى لشرط الخيار، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلو أقدم عليه مع العلم فلا يشمله الدليل. نعم لو كان غافلا يمكن أن يحكم بالخيار للدليل المذكور. و ملخص الكلام: انه مع العلم لو صدق عنوان الاقدام فلا خيار، و أما لو صدق عنوان الغفله عن الضرر فمقتضى قاعده نفى الضرر على المشهور الخيار.

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان المدرك للخيار اما دليل نفى الضرر و اما الاشتراط فى ضمن العقد، و على الاول لا بد أن يلتزم بثبوت الخيار فى جميع الموارد الا فى مورد صدق الاقدام، و أما لو شك فى صدق الاقدام و عدمه و كان المخصص دائرا بين الاقل و الاكثر ففى المقدار المعلوم

يحكم بعدم الخيار و فى الباقى يحكم بالخيار.

و ربما يقال: بأنه مع الالتفات لا وجه للخيار، اذ مع الالتفات اما يعلق و اما يطلق، أما على الاول يبطل و أما على الثانى يصح بلا خيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۲

قوله: و لو أقدم عالما على غبن يتسامح فيه فبان أزيد بما يتسامح (۱).

و فيه: انه يمكن أن الشخص يقدم على النقيصه لكن مع الخيار، اذا المفروض أن القاعده تقتضى الخيار. هذا على المسلك المشهور، و أما على المسلك المنصور فالخيار ثابت فى جميع الصور، اذ المفروض أن المدرك هو الشرط الضمنى و الشرط ثابت مع الجهل أعم من أن يكون غافلا أو ملتفتا.

أقول: قد يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع و فى هذه الصوره ربما يكون اقدامه بشرط لا عن الزائد، و أخرى يكون لا بشرط:

اما الصوره الاولى فلا شبهه فى ثبوت الخيار لعدم الاقدام، و أما فى الصوره الثانيه فربما يقال بعدم الخيار، لان هذا الذى ظهر لا يقتضى الخيار بما أنه يتسامح فيه و الذى كان يعتقده قد أقدم عليه، فانضمام ما لا أثر فيه الى مثله لا يكون منشأ أثر.

و يرد عليه: أنه ان كان المدرك للخيار الشرط الضمنى فهو موجود، اذ لم يقدم على المجموع، و ان كان حديث نفى الضرر فأيضا يكون مقتضاه الخيار، اذ الضرر متوجه و لم يقدم عليه على الفرض.

ان قلت: ان ما ظهر بعد الاقدام لا يكون ضرريا حتى يشمله دليل نفى الضرر.

و بعباره أخرى: ان المجموع و ان كان فيه الضرر على المغبون الا أنه قد أقدم بمقدار يتسامح فيه، و لم يجر الدليل فى حقه لو لم يظهر

الغبن المتسامح فيه.

قلت: ان كل واحد منهما و ان كان مما يتسامح فيه منفردا الا أن المجموع يشمله دليل نفى الضرر.

و ثالثه- يقدم على ما يتسامح به ثم يظهر أزيد بما يتسامح بالمجموع، فلا يثبت الخيار على كلا المسلكين لعدم المقتضى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۳

قوله: ثم ان المعتبر القيمه حال العقد، فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، لان الزياده انما حصلت فى ملكه و المعامله وقف على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذ لان التدارك حصل قبل الرد (۱).

و رابعه- يقدم على ما يتسامح فيظهر أزيد بما يتسامح. و الحكم فى هذه الصوره حكم الصوره الاولى.

و خامسه- هذه الصوره بعينها مع ظهور الزياده بما لا يتسامح فيها. و الحكم فى هذه الصوره حكم الصوره الاولى، و الوجه فيه ظاهر.

الحق أن يقال فى المقام: ان المدرك لو كان الاشتراط فى ضمن العقد لا وجه لاحتمال عدم الخيار بل الخيار موجود للاشتراط الضمنى، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلا وجه لثبوت الخيار. و مجرد وقوع المعامله مع الغبن مع حصول الزياده لا يوجب الخيار، اذ المفروض أنه على هذا المسلك يتوجه الضرر من ناحيه لزوم العقد، و المفروض أن اللزوم غير ضررى، فيجب الوفاء بمقتضى القاعده الاوليه.

الا أنه يشكل ذلك فى باب الصرف و السلم لو حصلت الزياده بعد القبض فعلى القول بأن المدرك للخيار الاشتراط فلو قلنا باشتراط تساوى العوضين عند العقد فلا بد أن نلتزم بالخيار، و لو قلنا باشتراطه حين دخوله فى الملك فلا وجه للخيار لحصول التساوى على الفرض، لكن الظاهر هو الاول. و أما ان كان المدرك قاعده نفى

الضرر فالحق عدم الخيار، لعدم ترتب ضرر على لزوم العقد.

ثم انه أفاد المصنف بأنه لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد فى الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجوب اقباض الزائد فى مقابله الناقص، لكن ظاهر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۴

...

المشهور عدم وجوب التقابض.

و يرد عليه اشكالان:

الاول- ان القول بكون وجوب التقابض وجوبا تكليفيا خلاف التحقيق كما اعترف المصنف بذلك.

الثانى- ان الخيار من الاحكام المترتبه على العقد الصحيح فكيف يمكن تحققه قبل القبض الذى يكون شرطا للصحه. نعم لو كان الاقباض واجبا يكون مقتضى قاعده نفى الضرر عدم وجوبه لكونه ضرريا.

هذا تمام الكلام فيما لو وقعت المعامله الغبنيه من المالك، و أما لو وقعت من الوكيل فهل يترتب على علمه و جهله أثر أم لا؟ و مقتضى التحقيق أن يفصل فى المقام بين الوكيل فى مجرد اجراء العقد و الوكيل المفوض، بأن يقال:

انه لو كان وكيلا فى مجرد العقد لا عبره بعلمه و جهله بل العبره بعلم الموكل و جهله، و أما لو كان وكيلا مفوضا اليه أمر المعامله فانه لو علم بالغبن فلا خيار له، سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، و سواء كان الموكل عالما بالغبن أو جاهلا به. اذ المفروض أنه مع العلم لا يشترط الخيار و أيضا يصح الاقدام على الضرر، و أما لو كان الوكيل جاهلا بالغبن و الموكل عالما به فالظاهر ثبوت الخيار لو كان المدرك الاشتراط.

لا يقال: انه لا يتصور معنى معقول للخيار فى المعامله الغبنيه من الوكيل اذ المفروض أن الوكيل مفوض و هو مع جهله يشترط الخيار، و أما لو كان المدرك قاعده نفى الضرر فالظاهر عدم الخيار، اذ يصدق أن الموكل مع علمه

بالحال أقدم على الضرر فلا تجرى القاعده، فما أفاده المصنف من عدم الخيار مبنى على هذا المبنى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۵

...

و الحاصل انها اما لازم أو باطل بلا تصوير صوره يكون فيها الخيار. توضيح ذلك: ان التوكيل اما أن يشمل المعامله الغبنيه أو يختص بغيرها. لا اشكال فى عدم الخيار فى الصوره الاولى، لان الموكل قد أقدم على الغبن بتعميم توكيله، و أما الصوره الثانيه فالمعامله فيها باطله، بمعنى أنها تقع فضوليا بعد أن لم تشملهما الوكاله.

و الجواب عنه نقضا بنفس الموكل فى معاملاته الغبنيه، فان أوقع معامله غبنيه فاما يطلق و اما يعلق على عدم الغبن، ففى الصوره الاولى قد أقدم على الغبن، و فى الصوره الثانيه يكون معلقا و التعليق باطل. مضافا الى أن المعلق عليه لا يتحقق مع عدم المعلق عليه.

و حلا بأنه يكون دليلا على ما هو الميزان فى المعاملات، بمعنى أنه يوكله فى المعامله بشئونها، فكأنه قائم مقام نفسه.

ثم ان الخيار فى المعاملات الغبنيه الصادره من الوكيل فهو للموكل أو للوكيل أو لكليهما.

و التحقيق أن يقال: ان الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه لا خيار له، و أما الوكيل المفوض فالظاهر ثبوت الخيار لكليهما، بلا فرق بين كون المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، خلافا للسيد حيث فصل بين المدركين بالالتزام بأنه لو كان المدرك دليل نفى الضرر يختص الخيار بالمالك، لان عنوان المتضرر لا يصدق على الوكيل، و ان كان المدرك الاشتراط فالظاهر ثبوته لهما، فانه لو ثبت الخيار و لو من باب نفى الضرر يكون مقتضى القاعده ثبوته للوكيل أيضا لأنه وجود تنزيلى للمالك.

ثم أفاد المصنف قدس سره: ثم ان الجهل يثبت باعتراف الغابن و بالبينه

دراساتنا

من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۹۶

...

ان تحققت و بقول مـدعیه مع الیمین لأصـاله عـدم العلم الحاکمه علی أصاله اللزوم مع أنه قـد یتعسـر اقامه البینه علی الجهل و لا یمکن للغابن الحلف علی علمه لجهله بالحال. فتأمل.

أقول: ان الجهل لیس موضوعا للخیار و الحکم لیس متعلقا به، و اثبات الموضوع بأصاله عدم الجهل أصل مثبت.

و التحقیق أن یفصل فی المسأله بین کون مـدرک الخیار دلیل الاشتراط و دلیل نفی الضـرر: فعلی الاول یکون المغبون مـدعیا و الغـابن منکرا، اذ المغبـون یکون قوله خلاـف الاصـل و لو ترک ترک. و أمـا علی الثـانی یکون الغـابن مـدعیا لأـنه یـدعی کون المغبون عالما بالغبن و اقدامه علیه و ان ترک ترک.

فانقدح ان ما أفاده المصنف و جمله من الاعلام لیس علی ما ینبغی، و أما أمره بالتأمل فلعله اشاره الی أن تعسر اقامه البینه و عدم امکـان الحلف لا یقتضـیان تقـدیم قول المـدعی، و علی فرضه انما یتم فی صوره عـدم ادعاء الغابن العلم لا مطلقا، بل ربما یقال بأنه یکفی أن یحلف علی عدم علمه بالحال لا أن یحلف علی علمه بعلم المغبون، اذ الحلف علی البط فیما یرجع الی نفسه.

ثم أفـاد المصـنف ان قولنا «کون مـدعی الجهل موافقا للأصل» انما یصـح اذا لم یکن المغبون من أهل الخبره و الا فلا یقبل قوله کما فی جامع المقاصد و المسالک.

و قد یشـکل بأن هذا انما یوجب عدم قبول قوله من حیث تقدیم الظاهر علی الاصل، فغایه الامر أن یصـیر مدعیا من جهه مخالفه قوله للظاهر، لکن المدعی لما تعسر اقامه البینه علیه و لا یعرف الامن قبله یقبل قوله مع الیمین، فلیکن هذا من هذا القبیل.

دراساتنا من

الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۱۹۷

قوله: و لو اختلفا فی القیمه وقت العقد أو فی القیمه بعده (۱).

الا أن یقال: ان مقتضی تقدیم الظاهر جعل مدعیه مقبول القول بیمینه لا جعل مخالفه مدعیا یجری علیه جمیع أحکام المدعی حتی فی قبول قوله اذا تعسر علیه اقامه البینه، ألا تری أنهم لم یحکموا بقبول قول مدعی فساد العقد اذا تعسر علیه اقامه البینه علی سبب الفساد.

هذا مع أن عموم تلک القاعده- أی قبول قول المدعی- ثم اندراج المسأله فیها محل تأمل، و الوجه فی التأمل فی عموم تلک القاعده أن مقتضی الادله أن الیمین حق المنکر فلا وجه لقبول قول المدعی بیمینه، و اما الوجه فی التأمل فی الادراج، فان تعسر اقامه البینه علی الجهل فی مثل محل الکلام أول الدعوی فانه ربما یکون الاطلاع علی الجهل أمرا ممکنا.

و یرد علیه: أولا ان مجرد کون قول أحد مخالفا للظاهر یجعله مدعیا غیر وجیه.

و ثانیا- ان ما أفاده العلمان فی الجامع و المسالک لعله ناظر الی أن سماع الدعوی مشروط بکونه أمرا ممکنا عاده، و أما مجرد الامکان العقلی فلا أثر له.

و حیث أن دعوی الجهل من أهل الخبره بعید فلا نسمع، فعدم السماع من هذه الجهه لا من جهه أن قوله مخالف للظاهر.

و ثالثا- انه لا وجه للتفصیل بأن یقال: انما یکون مدعیا بأن یقبل قول خصمه مع الیمین لا أن یسمع قوله مع الیمین، فان الکبری لو تمت یترتب علیه الاحکام کلها و الا فلا، الا أن یقال بأن الضرورات تقدر بقدرها و التفصیل موکول الی محله.

أقول: لو وقع الخلاف بین الغابن و المغبون فی القیمه فله صور:

(الاولی) وقوع الاختلاف فی القیمه حال العقد مع اتفاقهما

على قيمته الفعليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۸

...

مثلا أن البائع يدعى أن المبيع حال العقد يسوى عشره و تنزلت قيمته و المشترى يدعى أن قيمته حال العقد ثمانيه فلا غبن، و كلاهما متفقان على أن القيمه الفعليه ثمانيه دراهم.

(الثانيه) وقوع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما على قيمته سابقا.

(الثالثه) وقوع الاختلاف فى القيمه مع اتفاقهما على اتحاد قيمته حال العقد و قيمته الفعليه.

أفاد المصنف قدس سره ان القول قول منكر سبب الغبن لأصاله عدم التغير و أصاله اللزوم، و كأنه يرى تطابق الاصلين على الاطلاق، و لكنك ترى أن ما أفاده غير صحيح على اطلاقه، نعم هو متين فى بعض الصور المذكوره- و هو كما فى الصوره الاولى- فان أصاله عدم التغير يوافق أصاله اللزوم، و أما الصوره الثانيه- و هى صوره اتفاقهما على قيمته سابقا- فأصاله عدم التغيير يثبت الخيار للمغبون بخلاف أصاله اللزوم. و الحاصل ان التمسك بأصاله عدم التغير للزوم العقد على اطلاقه غير صحيح.

و استشكل المحقق النائينى على جريان الاصل بأن اصاله عدم التغيير من الاستصحاب القهقرائى الذى لا اعتبار به كما حقق فى محله.

و يمكن أن يجاب عنه: بأنه يجرى استصحاب القيمه الواقعيه المعلومه عند اللّه فيحكم بأنه ثمانيه دراهم الا انه مثبت، فانه ببركه استصحاب عدم التغير من حين العقد الى الان يثبت التساوى، فانه لو لم يتغير من حين العقد الى الان فلا خيار لمدعى التغير. لكن هذا الاصل بهذا التقريب مثبت، و هذا اشكال آخر غير ما أفاده الميرزا.

و التحقيق أن يقال: ان التغيير و عدمه ليسا موضوعين للحكم حتى يبحث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۱۹۹

قوله: الامر الثانى كون التفاوت فاحشا (۱).

حوله، و الذى

ينبغى البحث فيه أن مدرك الحكم للخيار اما دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، فعلى الاول ان أصاله عدم التغير لا يثبت الخيار الاعلى القول بالاصل المثبت. و بعباره أخرى: ان الاشتراط لا يثبت بالاصل فلا يتحقق الخيار.

و على الثانى ففى كل مورد يتحقق الضرر يتحقق الخيار، و فى الموارد المشكوكه يحكم بعدمه بأصاله العدم، فعموم دليل اللزوم محكم.

و ربما يتراءى من كلام السيد التمسك بالاستصحاب فيما اذا شك فى الخيار و عدمه و يحكم ببقاء الملكيه بتقريب أن الشك فى ثبوت الخيار يرجع الى الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ.

و يرد عليه: انه لا تصل النوبه الى الاصل العملى ما دام الاصل اللفظى موجودا و قلنا ان المرجع عموم دليل لزوم العقد، مضافا الى أن الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ مسبب من جعل حق الخيار، و الاصل عدم جعل هذا الحق.

**[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]**

**اشاره**

قد تقدم من المصنف أنه يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالغبن و قد اشبعنا الكلام فيه. الثانى كون التفاوت فاحشا. و ينبغى أن يقع البحث فى جهات:

**(الجهه الاولى) ان التفاوت اليسير لا يوجب الخيار**

بل لا بد أن يكون فاحشا أى لا يتسامح فيه- سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فان العقلاء لا يعتنون بالتفاوت اليسير، فلا يتحقق منهم الشرط الارتكازى. و أما لو كان الدليل نفى الضرر فانه لا يصدق الضرر على التفاوت اليسير و لا يصدق على المغبون أنه متضرر. و لكنه للمناقشه فيه مجال، لان الضرر عباره عن النقص فى المال، و هو موجود فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۰

...

ان قلت: ان الاجماع قائم على أن الضرر اليسير لا يوجب الخيار.

قلت: انه على فرض تحققه محتمل المدرك، فلا يمكن أن يعتمد عليه.

ان قلت: ان دليل نفى الضرر منصرف عن الضرر اليسير.

قلت: لا وجه للانصراف.

ان قلت: ان العقلاء يقدمون بهذا المقدار من الضرر.

قلت: ان الاقدام من البعض لا يقتضى الحكم الكلى.

و لكن الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان المدرك للخيار ان كان دليل نفى الضرر فلا بد من الالتزام بثبوت الخيار و ان كان الضرر شيئا يسيرا. نعم اذا كان بحيث لا يصدق عليه الضرر فلا يترتب عليه الحكم لانتفاء الموضوع.

و ان كان المدرك دليل الاشتراط فلا وجه للخيار، لان الضرر اليسير بحسب النوع و المتعارف عند العقلاء لا يعتنون به و لا يشترطون ذلک بالارتكاز.

**(الجهه الثانيه) فى ضابطه تشخيص الفاحش بأنه ما الميزان فيه.**

و قد تصدى بعض لذكر الضابط له الا أنه لا يرجع الى محصل، بل التشخيص فيه موكول الى العرف لعدم ضابط معين فيه، فلا يبعد أن ما نقل عن العلامه قدس سره من تفسيره «بما لا يتغابن فيه الناس» أى لا يعدونه غبنا هو الصحيح.

**(الجهه الثالثه) انه اذا شک فى الغبن أنه الى حد يوجب الخيار أم لا،**

و بعباره أخرى انه افاد المصنف أن المرجع عند الشک هو أصاله ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع الى أصاله اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يكون فاحشا لا مطلق الضرر.

و الحق أن يقال: ان المدرک فى الباب لو كان دليل الاشتراط فمرجع الشک

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۱

...

فى الفاحش و عدمه الى الشک فى الاشتراط الارتكازى و عدمه، بأن الاشتراط الارتكازى موجود فى المقام أم لا، فلا بد أن يتمسک بدليل اللزوم. و لعل مقصود المصنف من أصاله اللزوم هذا المعنى، أى دليل وجوب الوفاء لا الاستصحاب.

و أما لو كان المدرک دليل نفى الضرر فالشک فى تحقق الضرر الفاحش و عدمه يدفع بأصاله عدم تحقق الضرر، و ليس هذا تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه، اذ بالاصل يحرز عدم كون العقد ضرريا.

و ربما يجاب: بأن الخارج الضرر المعلوم، و مع الشک لا مانع من التمسک بالعام. لكن هذا الجواب مخدوش بأن الموضوع الضرر الواقعى و ليس مقيدا بالعلم، فالحق فى الجواب ما ذكرنا. و يمكن اثبات اللزوم بوجه آخر أيضا، و هو أصاله عدم تأثير

الفسخ كما مر.

ثم ان الشيخ قدس سره افاد بأنه بقى هنا شى ء، و هو أن ظاهر الاصحاب و غيرهم أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعامله ضرريه مع قطع النظر عن ملاحظه حال اشخاص المتبايعين، و لذا

حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامه.

و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه فى أبواب الفقه ملاحظه الضرر بالنسبه الى شخص الواقعه، و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير اذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك، مع أن اصل شراء الماء بأضعاف قيمته معامله ضرريه فى حق الكل.

و الحاصل: ان العبره اذا كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كان بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۲

...

بحال المغبون و غيره. و الاظهر اعتبار الضرر المالى لأنه ضرر فى نفسه من غير مدخليه لحال الشخص.

و تحمله فى بعض المقامات انما خرج بالنص «۱»، و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور بأن الضرر لا يعتبر مع معارضه النص، و يمكن أيضا ان يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيص عموم نفى الضرر بالنص بل لعدم كونه ضررا بملاحظه ما بإزائه من الاجر، كما يشير اليه قوله عليه السلام بعد شرائه ماء وضوئه بأضعاف قيمته «ان ما يشترى به مال كثير».

نعم لو كان الضرر محجفا بالمكلف انتفى بأدله نفى الحرج لا دليل نفى الضرر، فنفى الضرر المالى فى التكاليف لا يكون الا اذا كان عمله حرجا.

و ربما يورد على الشيخ بأنه ما لفرق بين دليل نفى الضرر و دليل نفى الحرج حيث يكون التمسك بالاول غير صحيح بخلاف الثانى.

و يمكن أن يجاب بأن الشيخ ليس فى مقام الفرق بين الدليلين، فانه منكر للضرر فى المقام.

و ان شئت

قلت: ان بين الدليلين عموما من وجه، فربما يتحقق الضرر بدون الحرج و قد يتحقق الحرج بدون الضرر و قد يجتمعان معا.

و ربما يقال مؤيدا للشيخ أن ما بذله المشترى فى مقابل ما اشتراه من الماء فانه قيمته ذلك، فلا يكون المشترى متضررا فى ذلك بل انه أدى ثمنا فى مقابل الماء.

و الجواب عنه: ان الشيخ قد صرح بأنه يجوز شراء ماء الوضوء و لو بأضعاف قيمته، فان الماء الذى يسوى فلسا اذا اشترى دينارا يكون ضررا على

---

(١) الوسائل، الجزء (٢) الباب (٢۶) من ابواب التيمم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٢٠٣

قوله: اشكال ذكر فى الروضه و المسالك تبعا لجامع المقاصد فى أقسام المغبون اما أن يكون هو البائع او المشترى أو هما معا- انتهى. فيقع الاشكال فى تصور غبن كل من المتابعين معا (١).

المشترى بالوجدان. و الحق أن يقال: ان الميزان فى جريان القاعده هو الضرر المالى فى جميع الموارد و منها المقام، اذ الحكم ترتب على الموضوع، فالعبره بالضرر المالى، و أما شراء الماء فى باب الوضوء فانه خرج عن القاعده بالنص كما أفاده الشيخ.

و أما ما أفاده قدس سره بأنه يمكن أن يلتزم بأن شراء الماء بأضعاف قيمته لا يكون ضررا بملاحظه ما بإذائه من الاجر، لا يمكن المساعده عليه، لان الثواب مترتب على عنوان الاطاعه، و هى تتوقف على وجود الامر المتوقف على عدم كون متعلقه ضرريا، فاذا توقف عدم الضرر على الثواب يلزم الدور.

هذا أولا و ثانيا ان العوض الاخروى لا يوجب رفع موضوع الضرر و لا يتدارك الضرر الدنيوى، و الا لا يتحقق معنى لقوله تعالى من «جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا»، و يلزم أن لا يتحقق لها مورد فى

باب العبادات، و هو كما ترى. مضافا الى أن الاجر الاخروى لو كان رافعا للضرر يكون رافعا للحرج أيضا.

أقول: وقع الاشكال فيما بينهم فى تصور غبن كلا- المتعاملين، و مناط الاشكال أن غبن البائع يتحقق فيما لو باع متاعه بأقل مما يسوى و غبن المشترى يتحقق فيما لو اشترى السلعه بأكثر، و غبن كلاهما يرجع الى بيع شى ء بأقل و اكثر. و هذا غير معقول، و لذا قيل فى تصور ما ذكر وجوه:

(منها) ما نقل عن المحقق القمى بأنها تفرض فيما اذا باع متاعه بأربعه توامين من الفلوس، بأن يعطيه عنها ثمانيه دنانير معتقدا أنها تسوى اربعه توامين ثم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۴

...

تبين أن المتاع يسوى خمسه توامين و ان الدنانير تسوى خمسه توامين الا خمسا، فصار البائع مغبونا من جهه كون الثمن أقل من القيمه السوقيه بخمس تومان و المشترى مغبونا من جهه زياده الدنانير على أربعه توامين، فالبائع مغبون فى أصل البيع و المشترى مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن و ان لم يكن مغبونا فيه.

و يرد عليه كما أورده المصنف: ان مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئا يسوى خمسه دراهم بدرهمين على أن يخيط له ثوبا مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم. و عليه يكون المغبون فى المثال البائع فقط.

(و منها) ما ذكره البعض- و المظنون كونه صاحب الجواهر- بأنه يتصور هذا المعنى اذا باع شيئين فى عقد واحد بثمنين يكون كل من المتعاملين مغبونا فى واحد منهما.

و يرد عليه: انه اما يكون ارتباط بين المعاملتين و اما يكون كل منهما

غير مرتبط بالاخر، أما على الثانى فيترتب على كل حكمه، و على الاول اما لا يكون عبن و اما يتوجه دون الاخر.

(و منها) ما عن مفتاح الكرامه بأنها تفرض فيها اذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما اذا بيع ثوب بفرس بظن المساواه ثم ادعى كل منهما نقص ما فى يده عما فى يده الاخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتحالفا، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه.

و يرد عليه: أولا ـ ان الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن فى المعامله أصلا، و ثانيا انه على فرض التسليم يكون حكما ظاهريا و الحال أن الكلام فى الغبن الواقعى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۵

...

(و منها) أن يراد بالغبن فى المقسم معناه الاعم الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقا على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد أطلق الغبن على هذا المعنى فى كلام العلامه و غيره. و قد استحسن المصنف هذا الوجه، و لا وجه لاستحسانه، اذا الكلام فى الغبن بالمعنى الخاص كما نبه المصنف فى ذيل كلامه.

(و منها) ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد فى مكانين.

كما اذا حضر العسكر البلد و فرض قيمه الطعام خارج البلد ضعف قيمته فى البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما بثمن متوسط بين القيمتين، فالمشترى مغبون لزياده الثمن على قيمه الطعام فى البلد و البائع مغبون لنقصانه عن القيمه فى مكانه، أى خارج البلد.

و يرد عليه: ان الميزان فى الغبن و عدمه محل العقد، فان المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و انما نزلت قيمته بنقل المشترى الى مكان آخر.

(و منها) ما

ذكره السيد قدس سره بأن الغبن أعم من أن يكون من جهه التفاوت فى الماليه عرفا فى حد نفسه- بأن يكون قيمته فى حد نفسه أزيد من الثمن- و أن يكون من جهه لزوم ضرر على المغبون من أجل المعامله و ان كانت بثمن المثل، كما لو فرض أن له أمه تسوى عشره توامين و لها ولد يسوى خمسين فباع الامه بدون الولد بعشرين و فرض أن الولد يموت بالتفريق بينه و بين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع و ان كان بيعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين. و المشترى مغبون من جهه أنه اشترى ما يسوى عشره بعشرين، فكل منها مغبون من وجه.

و يرد عليه: ان الامور الشخصيه ليست مناطا للأحكام، و الميزان فى الغبن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۶

قوله: مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد (۱).

و عدمه القيمه السوقيه فى حد نفسها، و الا يلزم بأنه لو باع أحد ورقه فيها خط أبيه يسوى عنده الف دينار بدينارين كون البائع مغبونا و الحال أنه لا يسوى الورقه الا دينارا واحدا. و هوى كما ترى، و هو كما لو باع أحد مصرعى الباب ثلاثه دراهم مع أنه يسوى درهمين منفردا و سته دراهم منضما، فان البائع و المشترى كلاهما مغبونان، اما البائع فلان ما باعه منضما يسوى أزيد مما باعه، و أما المشترى فلان ما اشتراه لا يسوى منفردا ثلاثه دراهم. و ظهر مما ذكرنا أن ما توهم فى المقام من كون كليهما مغبونين غير صحيح.

**[مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد]**

**اشاره**

أقول: ان فى المسأله جهات من البحث:

**(الجهه الأولى) أن الخيار ثابت من أول الأمر أو يحدث عند ظهور الغبن،**

فان المدرك للخيار لو كان دليل الاشتراط فالامر واضح، فان الاشتراط الضمنى يقتضى الخيار فهو ثابت من أول الامر، اذ المفروض عدم التساوى، و لو كان المدرك دليل نفى الضرر فانه أيضا ثابت بنفس العقد، و الظهور لا دخل له فى ذلك.

ان قلت: ان الضرر فى المقام ناش من جهل المكلف بالغبن، و لا يرفعه الدليل لعدم كونه ناشئا من الحكم الشرعى.

قلت: يمكن أن يورد عليه نقضا و حلا:

أما النقض فبما اذا كان المكلف عالما بالموضوع بأن يعلم أن الغبن محقق هنا و لكن يكون جاهلا بالحكم و هو حكم الشارع بالخيار، فهل يلتزم الخصم بعدم الخيار كلا.

و أما الحل فلا شبهه فی أن الحكم بلزوم العقد فی المقام حكم ضرری، و هو

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۰۷

...

منفی فی الشریعه نعم لو كان مدرك الخیار الاجماع لكان لهذا التفصیل مجال، فان القدر المتیقن منه صوره ظهور الغبن و كذا لو كان المدرك ما روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله فی حدیث تلقی الركبان انهم بالخیار اذا دخلوا السوق، حیث یفهم من الروایه أن دخول السوق دخیل فی حدوث الخیار، و ان كان المجال واسعا لان یقال: ان الدخول فی السوق لا موضوعیه له فی ثبوت الخیار، بل انه من باب أن اعمال الخیار- و هو السلطنه الفعلیه بالامضاء أو الفسخ- لا یمكن الا بعد دخول السوق و العلم بالغبن، و لا ینافی ذلك ثبوت الخیار عنه و حصول الغبن حین العقد. و الذی یهون الخطب أن المدرك علی المسلك الحق هو الاشتراط فلاحظ.

**(الجهه الثانیه) ان الخیار هو السلطنه الفعلیه علی الفسخ أو أن الخیار یفارقها؟**

ربما یقال: بان الخیار لیس عین السلطنه، و الشاهد لهذا المدعی أنه یمكن أن یكون له الخیار و لا

يكون له اعماله، كما اذا اشترط عدم اعماله فيكون حق الخيار غير السلطنه على الامضاء و الفسخ.

و لكن الحق أن هذا الحق ليس الا السلطنه الفعليه على الفسخ، غايه الامر ربما لا يجوز له اعمال السلطنه بلحاظ الشرط، فانه لا دليل على التعدد و لا مقتضى له.

**(الجهه الثالثه) أنه على تقدير تسليم أنهما حقان مستقلان يقع البحث فى أن السلطه على الفسخ أيضا**

كالخيار المصطلح يتحقق من حين العقد أو بعد ظهور الغبن الحق هو الاول، أعم من أن يكون الخيار عين السلطنه أو غيرها، أما على الاول فواضح و أما على الثانى فلان مقتضى الاشتراط ثبوت حق الاعمال من حين العقد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۸

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (۱).

**(الجهه الرابعه) أفاد المصنف ان الآثار المجعوله للخيار بين ما يترتب على تلک السلطنه الفعليه كالسقوط بالتصرف،**

فانه لا يكون الا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجى ء. و منه التلف، فان الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعده كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن، و بين ما يترتب على ذلک الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، و بين ما يتردد بين الامرين كالتصرفات الناقله.

أقول: انه لا مجال لهذا البحث على ما ذكرنا من ترتب الآثار من أول الامر، و أما على المسلک الاخر فالآثار كلها مترتبه على الوجود الواقعى.

و عدم القول بكون التصرف مسقطا لا ينافى ما ذكرناه، اذ كون التصرف مسقطا ان كان من باب أن الرضا دال على الاسقاط فعدمه قبل الظهور من باب عدم دلالته على الاسقاط، و ان كان من باب التعبد الشرعى فلا بد من الالتزام به سواء ظهر الغبن أم لا.

و أما التصرفات الناقله التى يتردد بين الامرين عنده فعلى القول بالمنع عنها تكون ممنوعه فى المقام أيضا، الا أن يقال: بأن الخيار لا يتحقق الا بعد ظهور الغبن، و أما من يلتزم بثبوت الخيار من أول الامر و مع ذلک يلتزم بنفوذ التصرف فكلامه لا يكون حجه فلا حجه للتردد.

و أما حكمهم بأن التلف قبل ظهور الغبن من المغبون يمكن أن يكون من باب عدم ثبوت الخيار قبل الظهور، و

يمكن أن يكون من باب عدم شمول قاعده أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له للمقام.

## [مسقطات خيار الغبن]

### [الأول من المسقطات إسقاطه بعد العقد]

اقول: ان خيار الغبن يسقط بمسقطات المسقط الاول اسقاطه بعد العقد،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۰۹

...

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال فى صحه اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبه الغبن و لا مع الجهل بها اذا أسقط الغبن المسبب عن أى مرتبه كان فاحشا أو أفحش.

و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشره فظهر مائه هل يسقط الغبن أم لا؟ فتردد الشيخ فى المقام و قال: فى السقوط و جهان من عدم طيب نفسه لسقوط هذا المقدار من الحق كما لو سقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا، و من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط.

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن المدرك لو كان حديث نفى الضرر فلا بد أن يلتزم بوجود حق واحد بأن الشارع حكم بجواز البيع عند الضرر، و عليه فاذا أسقط خياره يسقط ذلك بلا فرق بين الفاحش و الافحش.

و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فيكون الحق منحلا فى كل مرتبه من الغبن، فاذا اسقط الخيار فى رتبه لا يوجب سقوط الخيار فى رتبه اخرى بل هو موجود فى تلك المرتبه لتحقق الاشتراط الارتكازى فيها، ففى هذه الصوره يكون المقام نظير اسقاط حق العرض فى عدم سقوط حقه فيما اذا أسقط بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا.

و لا يكون الاسقاط بنحو التعليق، كى يقال بأن التعليق يوجب البطلان و الاطلاق يقتضى السقوط مطلقا، اذ يمكن أن يسقط الخيار

من الناحيه الخاصه، فلا يكون تعليقا كما لا يكون مطلقا.

أقول: ان المدرك للخيار لو كان دليل نفى الضرر فلا طريق لنا الى أن نقول: ان ما ثبت بهذا الدليل خيار حقى قابل للإسقاط، لاحتمال أنه يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۰

...

خيارا حكميا لا- يكون قابلا- له. و بعباره أخرى: لو كان الدليل قاعده نفى الضرر فما الدليل على كون أمر الخيار بيد من له الخيار، و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فلا يمكن الالتزام بكون الخيار متعددا و الا يلزم اجتماع خمسين خيارا فى مورد واحد، و هو كما ترى. و الحاصل انا لا نسلم أن يكون حق الخيار انحلاليا، بل انه حق واحد عند عدم تساوى العوضين، بلا فرق بين كون المدرك قاعده نفى الضرر و بين كونه دليل الاشتراط، و المسقط للخيار تاره يسقطه بنحو الاطلاق فيسقط مطلقا و أخرى يعلق الاسقاط على كون الغبن فى مرتبه خاصه.

و لا يرد اشكال التعليق، لان شمول دليل المنع- و هو الاجماع- ممنوع.

و ان أبيت عن ذلك فنقول: له أن يسقط ذلك على نحو التوصيف، بأن يقول «اسقطت خيارى الذى يكون ناشئا من الغبن الفاحش» مثلا، أو المرتبه الكذائيه، فعلى تقدير عدم المطابقه لا وجه للسقوط لعدم الاسقاط فرضا.

و الحق أنه لا فرق بين حق الخيار و حق العرض و ان كان له مراتب متعدده لكن الوجود فى الخارج واحد، فيجرى فيه ما جرى فى حق الخيار، بلا تفاوت بأنه يمكن اسقاطه بنحو التعليق، كما أنه يمكن اسقاطه بالعنوان المشير التوصيفى.

نعم لو تعدد فى الخارج يمكن اسقاط بعض أفراده و ابقاء بعضه الاخر.

ثم قال الشيخ: و أما الاسقاط بعوض بمعنى المصالحه عنه به فلا

اشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب، و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف- كما لو صالح عن الغبن المحقق فى المتاع المشترى بعشرين بدرهم- فان المتعارف من الغبن المحتمل فى مثل هذه المعامله هو كون التفاوت أربعه أو خمسه فى العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم، فلو ظهر كون التفاوت ثمانيه عشر و ان المبيع يسوى درهمين ففى بطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۱

...

الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذى له أفراد متعدده فاذا اسقطه سقط أو صحته متزلزلا لان الخيار الذى صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبين كونه مما يبذل فى مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل فى مقابله أزيد مما يبذل فى مقابله لو كان أقل فيحصل الغبن فى المصالحه، اذ لا فرق فى الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه، وجوه.

أقول: ان أقوى الوجوه هو ما اختاره المصنف من صحه الصلح متزلزلا.

لا يقال: ان المصالحه مبنيه على المسامحه و المغابنه، فلا معنى للغبن فيه بالنسبه الى من لا يعلم.

لأنه يقال: ان المصالحه على قسمين: قسم منها يبتنى على المسامحه و الامر فيه كما تقول، و قسم منها لا يبتنى على ذلك بل هى قنطره لأخذ الحق كما اذا لا يمكن أخذه الا بهذا العنوان فهى لا تبتنى على المسامحه.

و أما الاشكال بأنه عالم بالغبن و معه كيف يتحقق الخيار. فمدفوع، اذ يمكن العلم بأصل الغبن مع الجهل بمرتبته.

و أما الاسقاط قبل ظهور الغبن

و قبل العلم به، فأفاد المصنف فالظاهر أيضا جوازه. و يمكن أن يورد عليه بوجوه:

(الاول) انه لا يكون جازما بوقوع الاسقاط منه لاحتمال عدم موضوع له.

و بعباره أخرى: انه لا يكون عالما بمتعلق الاسقاط فلا يكون جازما بالنيه.

و يرد عليه: أولا بأن العلم بالمتعلق لا يكون شرطا فى الاسقاط الجزمى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۲

...

بل له أن يسقط جزما، الا أنه فى صوره عدم الغبن فى الواقع يكون الاسقاط لغوا.

و ثانيا- يمكن اسقاطه بنحو التعليق، فانه لا يشترط الجزم فى النيه و هو لا يكون باطلا عقلا. و الدليل الشرعى لا يشمل مثل المقام، مضافا الى أنه تعليق على ما يتوقف صحه الانشاء عليه و مثل هذا التعليق غير باطل، كما لو علق البيع على كون المبيع ملكا له. هذا على تقدير كون الخيار ثابتا بمجرد العقد، و أما على القول بحدوثه بعد ظهور الغبن فيشكل بأنه اسقاط لما لم يجب.

و أجاب عنه الشيخ بأنه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار، و هو الغبن الواقعى و ان لم يعلم به، و هذا كاف فى جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه و قاس المقام بعده موارد، كإبراء المالك الودعى المفرط عن الضمان، و كبراءه البائع من العيوب الراجعه الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، و كطلاق مشكوك الزوجيه و اعتاق مشكوك الرقيه منجزا أو الابراء عما احتمل الاشتغال به، و البراءه عن العيوب المحتمله فى المبيع، و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقا للغير.

و فيه: انه ليس فى الامور الشرعيه أسباب و مسببات، بل ليس الا الحكم و الموضوع، مضافا الى أنه لو تم الاشكال لا يمكن ذبه بهذا البيان. و

أما قياس المقام بالمذكورات فمحل اشكال، فان التزويج معلق على الزوجيه، فعلى تقدير كونها زوجه يتحقق الطلاق، كما أن العتق يتحقق على تقدير الرقيه. نعم لو طلق المرأه بشرط تحقق الزوجيه فى المستقبل يكون نظير المقام. و أما التبرى من عيوب المبيع فمرجعه الى اسقاط الشرط و رفع اليد عن شرط الخيار، و لا يرتبط بما نحن فيه.

و أما الابراء الودعى فهو أول الكلام، فانه لو قلنا بأن الضمان يتحقق بنفس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۳

...

التفريط، فلا يقاس بالمقام، و لو قلنا بأن الضمان من أحكام التلف مع التفريط فاسقاطه قبل التلف مشكل. و أيضا البراءه من درك المبيع، فان الالتزام بالصحه و تطبيق القواعد عليها مشكل. فلاحظ.

و أما ما أفاده قدس سره من كفايه تحقق السبب فلا يرجع الى محصل، اذ فيه: أولا أنه ليس فى الاحكام الشرعيه الا الموضوع و الحكم، و أما المقتضى و السبب و الشرط فكلها مما لا يرجع الى محصل. و ثانيا لو كان محذور فى تعلق الانشاء بما لا وجود له فلا يرتفع بهذا الجواب، فالاحسن فى الجواب أن يقال:

ان اسقاط ما لا يجب لا محذور فيه، فان ما فيه المحذور أن يسقط ما لا يكون ثابتا، و أما سقوطه بعد ثبوته فلا مانع فيه.

مضافا الى أنه يمكن أن يقال: بأن الاسقاط متعلق بالشرط الموجود حاليا بأن يسقط الشارع حقه من ناحيه شرطه فيسقط حقه الشرطى، و هو أمر فعلى لا استقبالى.

هذا و أما لو تنزلنا عن هذا الجواب و قلنا بعدم ثبوت الخيار الا بعد ظهور الغبن و العلم، فالظاهر أنه لا مفر عن الاشكال الرابع، فان اثبات جواز اسقاط حق يتحقق فى المستقبل من الان

مشكل الا أن تصل النوبه الى الاستصحاب فيسقط بالمعارضه و يرجع الى عموم وجوب الوفاء. فلاحظ.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر أنه يشكل الامر فى الصلح، حيث أنه فى فرض عدم الخيار لا يكون عوض. و دفع الاشكال بأنه يضم اليه شى ء، و ما أفاده غريب فان ضم شى ء الى المجهول على خلاف القاعده و فى مسأله الآبق مع الضميمه مورد النص، فالاولى أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط فهو أمر فعلى.

نعم على تقدير كون المدرك قاعده لا ضرر يشكل الامر، لكن مجرد الاحتمال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۴

قوله: الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد (۱).

كاف بأن يصالح عن الحق الاحتمالى فان العوض مقابل المحتمل بما انه محتمل.

ثم ان السيد أفاد بأن المضر عدم وجوده فى الواقع لا الجهل بوجوده، فما دام يكون الجهل موجودا يحكم بالصحه. و هذا غير سديد، لأنه بالاصل يحرز عدمه، فالحق أن يقال: ان يجعل فى مقابل المحتمل أو يجعل شى ء آخر و يشترط فى ضمنه اسقاط الخيار على تقدير وجوده.

**[الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد]**

أقول: يقع الكلام فيه من الجهات المشتركه بين المقام و ما تقدم من الخيارات الكلام هو الكلام و لا وجه للإعاده، و انما الاشكال الخاص الذى صار محلا للكلام بين الاعلام لزوم الغرر من اشتراط السقوط فى هذا الخيار و خيار الرؤيه.

أما الكلام فى خيار الرؤيه فالاولى ترك التعرض له فى المقام و بيان الحق بنحو وافى فى تلك المسأله، و انما المناسب للتعرض فى المقام ما يرجع الى اشتراط سقوط خيار الغبن.

قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: و لو اشترطا رفعه أو رفع خيار الرؤيه فالظاهر بطلان العقد للغرر. ثم

احتمل الصحه فی خیار الغبن سهوله رفع الغرر. و جزم السیمری فی غایه المرام ببطلان العقد و الشرط، و تردد المحقق الثانی الا أنه استظهر الصحه.

أقول: أما ما أفاده الشهید قدس سره بأن الغرر فی الغبن سهل الازاله، لعله ناظر الی أنه یرتفع بدفع الغرامه.

و یرد فیه: ان الغرر بوجوده یفسد العقد، و ارتفاعه بعد العقد فضلا عن قبوله للارتفاع لا یکون مصلحا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۱۵

...

و أما وجه ما أفاده من الاشکال فیمکن تقریبه بأن یقال: ان کون الجهل بالصفات موجبا للغرر اما لأجل کونه جهلا بالصفات بما هو جهل بها و اما لأجل کونه موجبا للجهل بالمالیه، و الاول باطل و الا یلزم أن یکون الجهل بالصفات غیر الدخیله موجبا له و الحال أن الامر لیس کذلک، فتعین الثانی، و لازمه بطلان البیع فی المقام.

و أورد فیه: بأن لازم هذا الکلام کون البیع فاسدا لا خیاریا، اذ الخیار لا یکون مصححا و الا یلزم تصحیح کل بیع غرری بالخیار کبیع مجهول الوجود أو المتعذر تسلیمه. فالحق أن یقال: ان الغرر المنهی فی البیع بلحاظ المتعلق و المتعلق عباره عن المبیع و الثمن، فبجهاله أحدهما یکون البیع غرریا، فلو جهل المبیع فی ذاته- کما لو تردد بین الحمار و الفرش- یکون باطلا، کما أنه لو جهل وصفه الدخیل فی المالیه یکون غررا و باطلا و أما لو جهل وصفه غیر الدخیل لا یکون باطلا. و أیضا لو علم الوصف و الجهل تعلق بالقیمه لا یکون باطلا، لان اتصاف البیع بالغرر بلحاظه یکون بواسطتین و بعید عنه بهما، و مع امکان الحمل بواسطه واحده لا وجه لإسراء الحکم الیه.

هذا غایه ما یمکن أن

يقال فى المقام، و لكن الظاهر فساده، فانه وجه ذوقى و لا تنطبق عليه الصناعه، بل الحق أن الميزان فى البطلان صدق الغرر بأى وجه كان، و من الظاهر صدقه مع الجهل بالقيمه و لو مع العلم بالصفات، و الميزان اطلاق الدليل.

و أما ما أفيد من أن الخيار لا يرفع الغرر الاعلى نحو الدور، ففيه ان الغرر يرتفع بنفس الشرط، فارتفاع الغرر متوقف على شرط الخيار و الصحه الشرعيه تتوقف على عدم الغرر، فلا دور كما ذكرنا سابقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۶

قوله: الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن (۱).

و أما النقض بمورد بيع مجهول العين أو المتعذر تسليمه، فان كان الاشكال منحصرا بالغرر يمكن دفعه بما ذكر و لا نبالى من الالتزام فى كل مورد يكون كذلك. فالمتحصل ان اشتراط سقوط الخيار مع احتمال الغبن يكون مضرا لأوله الى الغرر، لكن الكلام فى مدرك بطلان الغرر، و قد مر منا ما فيه من الاشكال، و على فرض تماميه الاجماع على البطلان فاللازم الاقتصار على القدر المتيقن.

**[الثالث من المسقطات تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن]**

أقول: لا كلام فى سقوط الخيار بالتصرف الكاشف عن الرضا و الدال على الاسقاط، كما أنه لا اشكال فى عدم سقوطه لو لم يكن التصرف دالا و كان قبل العلم بالغبن، انما الكلام فى التصرف غير الدال على الاسقاط الواقع بعد الاطلاع على الغبن.

ربما يقال: بأنه مسقط اما بلحاظ الاجماع و اما بلحاظ عموميه العله المستفاده مما ورد فى خيار الحيوان، و كلا التقريبين فاسد كما مر تفصيله فى خيار المجلس.

و ربما يقال: بقصور المقتضى للخيار، لان مدرك للخيار اما الاجماع و اما قاعده لا ضرر: أما الاول فقاصر من حيث الشمول،

و أما الثانى فكما لا يشـمل مورد الاقدام على المعامله المتضـمنه للغرر كذلك لا يشـمل المعامله الضرريه التى التزم المغبون بها، فلا دليل على الخيار بقاء.

و فيه: ان المـدرك هو الاـشتراط فى ضـمن العقـد، مضافا الى انه لو كـان المـدرك قاعـده نفى الضـرر فلاـ وجه لما أفيـد، فان المفروض أن الضرر تحقق و الخيار وجد على طبق القاعده، فما دام لم يسقط بالاسقاط لا وجه لسقوطه بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۷

قوله: الرابع من المسـقطات تصـرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن تصـرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق (۱).

هو باق كما فى نظائره. و ان شئت قلت: الخيار حصل بتحقق الغبن، و لا وجه لسقوطه ما دام لم يسقطه من له الخيار.

**[الرابع من المسقطات تصرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم]**

أقول: المسـقط الرابع تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق، فان المصرح به فى كلاـم المحقق و مـن تـأخر عنـه السـقوط على حسـب نقـل المصـنف، و أيضـا قـال: قيـل انـه المشـهور، و هـو كـذلك عند المتأخرين- انتهى.

و ما يمكن أن يقال فى وجهه أمور:

منها- الاجماع على ما يظهر من بعض الكلمات، فانه نقل عن الشـهيد قـدس سـره أنه قال: ان الحكم بعـدم السـقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعيا.

و فيه: ان تحققه أول الكلام، قال المصنف: و الظاهر عدمه، و على فرض تحققه لا اعتبار بهذه الاجماعات كما منا مرارا عديده.

و منها- ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفى الضرر و الاقدام بالتصرف التزام بالضرر.

و فيه: ان الاقدام قبل العلم بالغبن ليس اقداما بالضـرر، و اخراج العين عن الملك بالبيع و شـبهه ليس دليلا على الاسقاط حتى مع العلم بالغبن، مضافا الى

أن دليل الخيار عندنا ليس قاعده الضرر بل الدليل الاشتراط الضمنى.

و منها- ان ضرر المغبون معارض بضرر الغابن بقبوله البدل.

و فيه: أولا انه يمكن رد العين بنفسها فيما يكون ممكنا، فالدليل أخص من المدعى. و ثانيا لا ضرر على الغابن، فانه على تقدير المثليه فواضح و على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۱۸

...

تقدير القيميه فأيضا كذلك، لأنه باختياره عرضه للنقل فمقصوده أخذ قيمته، و بعباره أخرى: لا ضرر عليه، و على فرض تحققه ببعض الفروض يكون الحكم مختصا بذلك المورد. أضف الى ذلك أنه بعد التعارض يثبت الخيار باشتراطه فى ضمن العقد.

و أما ما فى كلام السيد من التمسك باستصحاب الخيار، فمردود بأن المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار.

و منها- أنه لا- يمكن تحقق التراد مع نقله عن الملك. و فيه: أنه يمكن تحققه فى بعض الاحيان، و ثانيا ان الموضوع للخيار هو العقد لا العين، فالحق أنه لا وجه و لا مقتضى لسقوط الخيار.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر فى المقام فروعا، و لا يخفى أنه على ما ذكر يكون مقتضى القاعده بقاء الخيار فى جميعها و ربما يختلف الحكم على المسلك الاخر. و كيف كان نتعرض للفروع تبعا للشيخ:

(الاول) انه لا فرق بين البائع و المشترى، فان قلنا بعدم السقوط كما قلنا فلا فرق بين أن يكون المغبون هو البائع أو المشترى، كما أن الظاهر أنه لا فرق بينهما على مقاله المشهور.

(الثانى) انه لا- فرق على المسلكين بين النقل اللازم و بين فك الملك كالعتق و الوقف و بين أن تكون النتيجه كذلك كالاستيلاد، بل و يلحق به تلف العين، فانه لا فرق بين هذه الفروض من حيث الحكم. نعم ربما يقال: بأن

مدرک المشهور لو کان هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتیقن منه.

(الثالث) انه هل یکون فرق بین النقل الجائز و اللازم أم لا؟ یظهر من المصنف الفرق و انه لا یسقط الرد بالأول لا مکان التدارک. و لا یخفى أنه لا یفرق على

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۱۹

...

ما سلکناه، و أما على تقدیر کون المدرک هو الاجماع یمکن الفرق، و أما على تقدیر کون المدرک قاعده نفى الضرر فیمکن الاشکال فی الفرق بأنه لو فسخ فاما یجب فسخ العقد الجائز فنقول بوجوبه فیما نقل بالناقل اللازم باشترائه اذا کان ممکنا و ان لم یکن واجبا فما الفارق.

و ان قیل: بأن الفسخ بنفسه یفسخ العقد الواقع. نقول: بمثله فیما کان الواقع لازما أیضا بلا فرق.

(الرابع) هل تلحق الاجاره بالبیع فی هذا الحکم أم لا، أما على المسلک المنصور فالامر واضح و لا مقتضى للسقوط فی البیع فکیف بالاجاره، و أما على القول بالسقوط فلا بد من ملاحظه المدرک، فان کان المدرک الاجماع فلا بد من الاقتصار على القدر المعلوم، و ان کان مقتضى المدرک فی الوصول عدم وصول العین إلى مالکها فالمدرک فی الاجاره موجود.

(الخامس) على فرض سقوط الخیار بالاجاره لو لم یعلم بالغبن الا بعد انقضاء الاجاره هل الخیار ساقط أیضا أم لا؟ أفاد الشیخ بأنه توجه الرد، و أیضا قال بأنه متوجه الرد لو لم یتوجه الى الغبن الا بعد انفساخ البیع.

و یرد علیه: ان المانع عن الرد ان کان الانتقال عن ملک المشتری و المغبون فلا فرق بین انحائه، و ان کان المانع أن العین لا تصل الى الغابن فلا بد من الحکم بالصحه حتى لو علم بالغبن قبل التصرف أو

بعده لكن قبل انقضاء مده الاجاره أو قبل انفساخ البيع.

(السادس) انه لو امتزجت العين بغيرها بحيث تحصل الشركه فهل يسقط الخيار أم لا؟ لو قلنا بأن الحادث المانع عن رد العين يوجب السقوط لا بد من الالتزام بسقوطه كما هو ظاهر، و لذا نقول بالسقوط لو تغيرت بالنقصان،

---

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه‍ ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۲۲۰

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۲۰

...

و أما لو تغيرت بالزياده فاما تكون الزياده عينيه أو تكون حكميه أو تكون من جهتين. اختار الشيخ السقوط فى الاول و الاخير، و اختار عدم السقوط فى الوسط، لعدم امكان الرد فى الاول و الاخير لحصول الشركه على القول بها و امكان الرد فى الوسط، و قال بعد ذلك: فتأمل.

و يمكن أن يكون نظره فى الامر بالتأمل الى أن الزياده الحكميه اذا كانت بلحاظ زياده وصف فى العين كالصبغ تكون الشركه حاصله و تكون مانعه من الرد كما سيجى ء عنه قدس سره فى التصرف الصادر من الغابن.

هذا كله فى تصرف المغبون، و أما لو تصرف الغابن بالتصرف الناقل اللازم فأفاد المصنف بأنه لا وجه لسقوط خيار المغبون.

و يمكن أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط الضمنى فالامر ظاهر و لا وجه للسقوط، كما أن مدرك السقوط لو كان هو الاقدام أو الاجماع يكون السقوط بلا وجه، و أما لو كان المدرك للسقوط تصرف الغابن كما مر يقع التزاحم بين الضررين، فانه لو لم يكن له الخيار يتضرر بواسطه الغبن، و لو كان له الخيار يتضرر بأن ماله لا يرجع اليه، فالقاعده ساقطه و يرجع الى

استصحاب الخيار.

و فيه: أولا يمكن أن يكون تصرف الغابن قبل الظهور فلا خيار حتى يستصحب، و ثانيا المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار، و أما فى أصل التزاحم فان كان الضرر المتوجه من اللزوم اذا كان أشد و اكثر بحيث تكون زيادته موضوعه لشمول القاعده فالحق تقدير الخيار، لان المفروض أن الحكم باللزوم ضررى فلو فسخ المغبون و وجد العين خارجه عن ملك الغابن بالبيع أو مثله من النواقل فتاره يقع البحث فى أن تصرف الغابن باطل من أول الامر بلحاظ كون المتعلق متعلق حق الغير و أخرى يكون صحيحا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۱

...

و تحقيق هذا البحث راجع الى أحكام الخيار، و فى المقام نبحث بناء على كون تصرفه صحيحا فتاره نقول: بأن المغبون بعد اعمال الغير له أن يفسخ العقد و أخرى نقول بأن فسخه يبطل تصرف الغابن من حينه أو من أصله، أما على القول بعدم الابطال فلا- وجه للقول بأن له ابطاله، اذ لا- زم الفسخ ان كان تلك العين ان كانت موجوده و بدلها ان لم تكن فالامر ظاهر، و ان كان الفسخ متوقفا على رد العين و الا- يكون الخيار بلا موضوع فلا خيار فلا فسخ و ان كان موجودا مطلقا، و لازمه انتقال العين الى ملك الفاسخ مطلقا، فاللازم انفساخ العقد الصادر من الغابن بنفسه- أى بفسخ المغبون- يبطل العقد الصادر من الغابن بلا اعمال شى ء من قبل المغبون.

و ملخص الكلام انه لو فسخ المغبون فوجد العين قد انتقلت بالنقل باللازم كالعتق و الوقف و البيع اللازم، فتاره يقال بأن له ابطال العقد من أصله، و أخرى يقال بأن له ابطاله من حينه، و ثالثه يقال بأن له

الرجوع الى البدل، و رابعه يقال بأن فسخه يوجب بطلان ما صدر من الغابن من أصله أو من حينه.

فنقول: لا وجه للإبطال لا من الاصل و لا من الحين، اذ ما صدر من الغابن ان كان تاما و لا يتوقف على شی ء و أمر صدر من أهله و وقع فی محله فلا مقتضی لجواز ابطاله لا من أصله و لا من حين الفسخ، و ان كان مشروطا و متوقفا على أمر فلازمه عدم تحققه. و بعد فرض تحققه و الالتزام ببقاء الخيار للمغبون فاما يكون لازم الفسخ رجوع العين الى الفاسخ على فرض بقائها و رجوع بدلها على فرض عدم بقائها فلازم الفسخ رجوع البدل اليه و ان كان لازم الخيار رجوع العين الى الفاسخ أين ما كانت فلازمه انفساخ العقد قبل الفسخ آنا ما كی يتلقى الفاسخ العين من المفسوخ عليه، فعلى كل حال لا تصل النوبه الى ابطال الفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۲۲

...

العقد الصادر من الغابن.

ان قلت: انه لا يستحق شيئا حتى يفسخ المعامله الثانيه.

قلت: أولا هذه الدعوى بلا دليل و غير منطبقه على مستند، و ثانيا يلزم الجمع بين العوض و المعوض فی فتره الفسخ، و ثالثا لو جاز عدم استحقاقه شيئا فی فتره الفسخ لجاز عدم استحقاقه الى الابد. و أما وجه بطلان ما صدر من الغابن من أصله هو أنه تصرف فی متعلق حق المغبون، كما لو تصرف الراهن فی متعلق حق الرهانه فان ما صدر منه يتوقف على اجازه من له الحق و بدون اجازته لا يصح.

و فيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد لا بالعين، فلا مانع من تصرف الغابن.

و بعباره أخرى: الخيار من أحكام العقد لا

من أحكام العين، و أما وجه بطلانه من حينه أن حق الخيار يتحقق بعد ظهور الغبن فالدليل أخص من المدعى.

و ثالثا- ان أصل المبنى فاسد كما مر.

و أما الوجه للقول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل العقد الصادر من الغابن أما على القول بأنه لا يتحقق الخيار الا بعد ظهور الغبن فالتصرفات الواقعه تامه و لا وجه للنقاش فيها، و أما على القول المنصور فأيضا الامر كذلك، فانه لا وجه لتزلزله كما سيجى ء فى أحكام الخيار، فان التصرف من غير ذى الخيار فى زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه يمكن أن نلتزم ببطلان الاستيلاد بالفسخ و لو لم نقل ببطلانه بالبيع لسبق حق الخيار على الاستيلاد.

و فيه: انه لا فرق من هذه الجهه، فان حق الخيار اذا كان متعلقا بالعين يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۳

...

مانعا من الصحه فى الجميع، و ان كان متعلقا بالعقد لا يكون مانعا مطلقا فلا وجه للتفصيل. مضافا الى أنه لو كان وجه للتفصيل بين قبل الظهور و بعده لكان ذلك التفصيل متوجها فى المقام أيضا.

ثم الظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقل جائزا و بين كونه لازما، فان التصرف لو كان صحيحا من الغابن فلا وجه لبطلانه و لو كان جائزا و ان لم يكن صحيحا فلا فارق و جواز الفسخ من نفس الغابن أو من طرفه أو من كليهما لاستلزام جوازه من الاجنبى، و المفروض أن المغبون أجنبى بالنسبه الى تملك المعامله فلا تغفل.

ثم ينقل عن الشهيد فى المسالك بأنه ان كان الناقل مما يجوز ابطاله يجبر على ابطاله و ان لم يبطل ابطله الحاكم و ان لم يمكن أبطله بنفسه. ثم أورد

فيه: بـأنه لاـ وجه لما أفاده، لان بالفسـخ اما يـدخل نفس العين فى ملك الفاسـخ و اما يـدخل بـدله، فعلى الاول لا يبقى موضوع للفسخ و على الثانى فلا وجه للعدول الى غيره.

ثم وجه كلام الشهيد بأنه يمكن أن يكون دخول العوض من باب الحيلوله.

ثم أورد عليه: بـأن الحيلوله انمـا تكون فيمـا يكون نفس التالف باقيا فى ملك المغبون، و أما مع عـدم بقائه فى ملكه فلا موضوع لبدل الحيلوله- انتهى.

و يمكن أن يقال: بأن أثر الفسخ اعتبار نفس العين فى ذمه المفسوخ عليه حتى فى مورد التلف الحقيقى، اذ لو لاه لم يكن الفسخ فسـخا. و الحاصـل انه يعتبر التـالف و الناقـل بنفسه فى ذمه الطرف و يجب عليه دفعه ما دام ممكنا و لم يكن ضـررا و حرجا على مسلك القوم، و لم يكن حرجا على مسلكنا حيث أنكرنا دلاله حديث لا ضرر على نفى الحكم الضررى فى الشريعه. و على هذا البيان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۴

...

تم ما أفاده الشهيد.

ثم أفاد الشـيخ بأنه على تقـدير عـدم وجوب فسخ العقد الجائز من قبل الغابن لو فسخ بطبعه و عاد العين اليه، فاما يكون بعد أخذ المغبون البـدل و امـا يكون قبله، أمـا على الاول فلا وجه لـدفعها الى المغبون، لان المفروض أنه أخـذ البـدل و على الثانى يجب دفعها.

ثم قـال: هـذا فيما اذا كان بالفسـخ، و أما كان العود بملك جديـد فالاقوى عـدم وجوب ردها مطلقا، لأنه ملك جديـد تلقاه من مالكه و الفاسخ يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل، فكأن الغابن بالفسخ أعاد الملكيه السابقه.

و أيضا المغبون بفسخ العقد الغبنى يعيد الملكيه السابقه، لكن تم هذا الوجه ان كان

العود بسبب الفسخ لا بسبب مستقل، فعليه لا بد من هذا التفصيل.

و الحق أن يقال على مسلك المصنف: انه لا بد من التفصيل بين فسخ الغابن قبل فسخ المغبون أو بعده، فان كان قبله فالحق كما أفاده على طبق البيان، و ان كان بعده فلا- وجه لانتقال العين الى المغبون، اذ المفروض أن المغبون ملك البدل لا- بعنوان الحيلوله، و أما على ما سلكناه فلا بد من الفرق بين أخذ البدل و عدمه، فانه اذا أخذ البدل فلا مجال لمطالبه العين و ان كان لم يأخذ البدل له أن يأخذ نفس العين، بلا فرق بين أن يكون الانتقال بالفسخ أو بسبب جديد و الوجه فيه ظاهر.

ثم أفاد الشيخ بأن تصرف الغابن ان كان مغيرا للعين فاما يكون بالنقيصه و اما يكون بالزياده و اما يكون بالامتزاج، فان كان بالنقيصه فاما يوجب تغيرا فى العين تغيرا يوجب الارش و اما لا يوجب الارش، فان كان يوجب الارش أخذه مع الارش كما هو مقتضى الفسخ لان الفائت مضمون بجزء من الثمن فاذا رد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۵

...

تمام العوض وجب رد تمام المعوض فيتدارك الفائت بالارش، و مثله ما لو تلف جزء من الثمن.

و الظاهر أن مراده من النقص الموجب للأرش هو العيب فى مقابل نقصان ما لا يعد عيبا و ان كان مؤثرا فى نقص القيمه.

و يمكن أن يورد عليه: بأن النقص ان كان راجعا الى الوصف أعم من أن يعد عدمه عيبا أو لم يعد لا يقابل بجزء من العوض، فاثبات وجوب رفع الارش من قبل الغابن يحتاج الى دليل، و حيث أن الوصف لا يقابل بشى ء فلا يتم ما أفاده فى المتن.

و التمسك

بأن التلف فى زمن الخيار ممن لا ـ خيار له، مخدوش بأنه لا يطلق عليه التلف، و ثانيا ان شمول تلك القاعده لخيار الغبن أول الكلام.

و الذى يمكن أن يقال: ان لازم الفسخ عود العين على ما هى عليه بجميع الخصوصيات الى الفاسخ، و لا فرق فيه بين أن يكون النقص مما يوجب الارش أو لا يوجبه و كان التغيير بفعل الغابن أو بفعل غيره أو بآفه سماويه، و تحقيق هذه الجهه موكول الى باب أحكام الخيار.

ثم أفاد بأنه ان كان لا يوجبه شيئا رده بلا شى ء، و منه ما لو وجد العين مستأجره، فان على الفاسخ الصبر الى انقضاء المده. و لا يجب على المفسوخ عليه شى ء، لان المنفعه من الزوائد المتخلله المنفصله، و هى ملك للمفسوخ عليه، لأنها تابعه للملك المطلق، فاذا تحقق ملك العين فى زمان ملك المنفعه بأسرها و يحتمل انفساخ الاجاره فى بقيه المده لان منفعه الملك المتزلزل متزلزل و به جزم القمى.

و فيه نظر، فانه لا وجه لتزلزله. نعم ذكر الصدر بأنه اذا وقع التفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۶

...

لاختلاف المتبايعين فوجد البائع العين مستأجره يكون للبائع على المشترى أجره المثل ببقيه المده، و سيجى ء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين.

أقول: قد ظهر مما ذكرنا آنفا أنه لا وجه للقول بأنه لا شى ء للفاسخ على المفسوخ عليه بالنسبه الى بقيه المده، اذ قلنا ان لازم الفسخ عود الملك الى الفاسخ على ما هو عليه. لكن لا وجه لما ذكره القمى، فان الاجاره وقعت صحيحه، و هى عقد صحيح لازم بالضروره، و لا وجه لانفساخها، فالصحيح هو ضمان أجره المثل بالنسبه الى بقيه المده أو ما نقص عن العين

بلحاظ نقص تلك المـده. و لا يبعـد أن يكون الامر ان متطابقين دائما، و أما الفرق الـذى أفاده المصـنف بين الفسـخ و التفاسـخ فالظاهر أنه ليس كـذلك، بل لا فرق بين الامرين، و الجامع بينهما أن العقـد ان انفسـخ بالفسخ أو التفاسخ يلزم رجوع العين الى المالـك الاـول بتمـام شـئونه و أمـا لو رجع بغير انفسـاخ- كمـا انتقـل اليه بالاـرث أو بالاشتراء- فكان مسـلوب المنفعه يكون له كذلك، و الوجه فيه ظاهر.

و أما ان كان التغير بالزياده فأفاد المصـنف بأنها تكون تاره حكميه محضه كقصاره الثوب فالظاهر ثبوت الشـركه فيه بنسـبه تلك الزياده، بأن يقوم العين و يؤخـذ ما به التفاوت. و لا يخفى أن مراده من الشـركه ان كانت الشـركه فى العين كما هو ظاهر العباره فلاـ يمكن المساعـده عليه كما هو ظاهر، فان المفروض الزياده الحكميه لا تقابل بالثمن، و أما الشـركه فى الماليه فقـد وقع بينهم الخلاف فى ذلك، و الوجه فى تحقق الشـركه أحد أمرين: أحدهما انه بفعل المفسوخ عليه و لعمله احترام، ثانيهما أنه يدخل فى ملكه بتبع ملك العين، فلو فسخ العقد لا وجه لخروجه عن ملكه، و كلا الوجهين مخدوش.

أما الاول فلان عمله كان فى ملكه فلا مقتضى لان يكون مضمونا، و أما الثانى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۷

...

فلان العين بواسطه الوصف علت قيمته و المملوك هى العين، و الوصف غير مملوك كما هو ظاهر.

مضافا الى أن الوجه الاول لا كليه له، اذ ربما يكون بفعل الغير كما أنه ربما يكون بفعل اللّه، فالـدليل أخص من المـدعى. فالحق أنه لا مقتضى للشركه وفاقا للأستاذ حيث أفتى فى منهاجه فى بحث خيار الغبن بعدم شى ء للغابن.

فلاحظ.

هذا فيما كانت

الزياده موجبه لازدياد القيمه، و أما ما لا تكون دخيله فى زيادتها فالامر أوضح.

و أخرى تكون عينيه محضه كالغرس، فربما يقال: بأن المغبون مسلط على القلع بلا شى ء عليه من الارش كما نسب الى العلامه فى المختلف. و ربما يقال:

بأنه مع الارش كما اختاره الشهيد فى المسالك، و ربما يقال: بأنه ليس له مطلقا كما نسب الى المشهور فى بعض المقامات.

و الحق من هذه الوجوه هو الوجه الاول، فان الغرس واقعا عن حق فى أول الامر لا يدل على كون بقائه حقا، فان ابقاءه بلا رضى الاخر ظلم و لا عرق له.

و مما ذكرنا علم أن ما اختاره الشهيد- و هو الوجه الثالث- ليس على طبق القاعده، و لا مجال لان يقاس ببيع الارض مشغوله بالزرع مع علم المشترى به أو بيع دار المستأجره، فانه مع علم المشترى يكون البقاء شرطا بخلاف المقام. مضافا الى أنه فى الاجاره لا- مقتضى لان يعارض المشترى المستأجر اذ المستأجر قد ملك المنفعه بالاجاره قبل تملك المشترى، غايه الامر أن يثبت الخيار للمشترى ان كان جاهلا بالحال، و هذا واضح لا ريب فيه.

ان قلت: قلعه للغرس يكون ضررا على صاحب الغرس.

قلت: الصبر ضرر على صاحب الارض، مضافا الى أن الحكم الشرعى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۲۸

...

عباره عن جواز القلع لا- وجوبه، و المشهور غير قائلين برفع الحكم الترخيصى بقاعده لا ضرر، أضف الى ذلك أنا ذكرنا فى بحث القاعده أن مفادها حرمه الاضرار لا رفع الاحكام الضرريه. و من الظاهر أن التصرف فى المملوك لا يكون حراما و لو كان ضررا بالنسبه الى الغير و الا يلزم عدم جواز اخراج المستأجر عن الدار فى كثير من الموارد و

هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى قوله «ليس لعرق ظالم حق» «۱» انه لو لم يكن الغارس ظالما لما يكون له الحق، و فى المقام كان الغرس عن حق على الفرض.

و فيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا فلاحظ، و ثانيا يتوقف الاستدلال على ثبوت المفهوم للروايه و هو أول الكلام، و ثالثا مقتضى ما ذكرنا أنه لو لم يبادر الى القلع فهو ظالم فيدخل فى المنطوق، و كونه حدوثا عن حق لا يدل على كونه حقا بقاء. و رابعا غايه ما فى الباب دلالته على كون صاحب الحق له العرق، و هذا واضح ظاهر لكن الكلام فى الصغرى، و كونه حقا بحسب البقاء أول الكلام.

و من هذا البيان ظهر ما فى تقريب المدعى بأن صاحب الغرس كان له الحق و قد استوفى الحق، و من الظاهر أن الغرس بما هو غرس ملكه لا بما هو خشب و حطب. و بعباره أخرى: ان المغروس بهذا العنوان ملك له فقد سبق استيفاؤه فلا يجوز منعه.

و فيه: الجواب يظهر بالتأمل، و هو اذا استوفى فلا شى ء كى يقع النزاع فيه، و ان لم يستوف فلا مقتضى للاستيفاء بعد.

و من هذا البيان يظهر فساد القول الثالث الذى اختاره السيد فى الحاشيه

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۷) كتاب الغصب الباب (۳) حديث (۱).



قوله: و لو كان التغير بالامتزاج (۱).

فان الجمع بين الحقين يتوقف على اثبات الحق، و هو أول الكلام بل مقطوع العدم.

و قد ظهر مما ذكرنا أنه لو قلع صاحب الغرس لا يجب طم الارض، فان المغبون تملك الارض خاليه، الا أن يقال: بأن الغابن ملزم برد العين على ما هى عليها فلا بد من طمها.

و هذا هو الحق.

ثم ان المشترى هل يجوز له تصدى القطع ابتداء أو بعد امتناع صاحبه أو يلزم الرجوع الى الحاكم؟ الحق انه يلزم مراجعه صاحبه فانه ماله و لا يجوز التصرف فى مال الغير بلا اذنه و مع امتناعه يتصدى الحاكم فانه ولى الممتنع.

و القول بأنه لا احترام له كما فى كلام السيد أو ليس لعرق ظالم حق كما فى كلام الايروانى فلا مقتضى للرجوع الى الحاكم. ليس على ما ينبغى، فان حرمه التصرف فى مال الغير بحالها بالنسبه الى غير الحاكم.

و بعباره أخرى: ان مقتضى حرمه التصرف فى مال الغير و تسلط مالك الارض على تخليه أرضه من غرس الغير يقتضى أن يتصدى للقلع مع امتناع مالكه الحاكم الشرعى الذى ولى كل ممتنع، و أما لو اختار صاحب الارض الابقاء يكون أجره الارض له و لا فرق فيما ذكرنا بين الغرس و الزرع لعين المدرك، و لا يتفاوت الحال من جهه طول المده فى الغرس و قصره فى الزرع.

و أيضا علم مما ذكرنا أنه لو أراد صاحب الغرس قلع غرسه لا يجوز للمالك منعه، فان كل أحد مسلط على ماله و ليس لغيره منعه من التصرف. هذا كله فى الزياده.

أقول: و أما الامتزاج فتاره يكون بغير جنسه و أخرى يكون بالجنس،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۰

...

أما لو كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك- كما فى امتزاج ماء الورد بالنفط بحيث يعد ماء الورد تالفا من جهه الاختلاط- فهو فى حكم التالف و يرجع الى قيمته، و ان لم يعد من التالف كالخل الممزوج بالانكبين فأفاد المصنف بأنه يمكن أن يقال بأنه كالتالف فيطالب القيمه فيسقط خياره كما فى التالف.

و يمكن

أن يقال بالشركه، كما لو كانا لمالكين.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأنه يمكن أن يقال: بأنه للمغبون الخيار بين أخذ العوض و بين اختيار الشركه، و ذلك لان عين ماله موجود فى الضمن و له المطالبه، فتكون النتيجه الشركه فى الثمن لا فى العين لعدم الدليل و له المطالبه بالعوض لمكان الحيلوله.

و أما ما أفاده السيد ففيه مواضع للنظر، اذ لو كان الفسخ موجبا لرجوع العين الى الفاسخ فلا مقتضى للقول بأخذ العوض الا دليل الحيلوله، و قد مر ضعفه.

و ثانيا- انه لو كان العين راجعه اليه بالفسخ فلا معنى للالتزام بالحيلوله، اذ المفروض تحققه و وجوده.

و ثالثا- كيف يلتزم بعدم تحقق الشركه مع رجوع العين الى الفاسخ.

و رابعا- انه لا مقتضى للشركه فى الثمن مع أن العين موجوده.

و أما ما أفاده الشيخ فالحق أن يقال بعدم تحقق الشركه و سقوط الخيار بالنسبه الى نفس العين كما هو ظاهر عبارته و الانتقال الى القيمه فانه تلف بالامتزاج كما لو صار بيض الدجاج فرخا فانه لا وجه لرجوع الفرخ الى المغبون بل الحق بقاء الفرخ فى ملك الغابن و انتقال القيمه الى الفاسخ.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۱

...

و مما ذكرنا ظهر أنه لا مجال لان يقال: اذا لم تكن العين راجعه الى الفاسخ يكون العين بلا مالك لتساوى نسبه الفاسخ و من عليه الخيار بالنسبه الى العين. و وجه فساد هذا الاشكال أن كلا المالين كانا لشخص واحد و بالامتزاج صار حقيقه ثالثه، فلا فرق بين الفاسخ و من عليه الخيار، فان المال مال من عليه الخيار و أما الفاسخ فماله تلف بالامتزاج.

و أما لو كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى أفاد الشيخ بأنه يثبت

الشركه.

ان قلت: لا شبهه فى أن الامتزاج بمال الغبن قبل الفسخ لم يكن موجبا للشركه، اذ لا معنى للشركه فى مال الانسان، فبعد الفسخ اما يرجع عين مال المغبون فلا شركه و ان لم يعد نظرا الى أنه تلف بالامتزاج فلا موضوع للشركه.

قلت: نختار الشق الاول و نقول بالفسخ يرجع عين المال الى الفاسخ، فعليه المقتضى للشركه واضح و هو الامتزاج. و الحاصل ان الامتزاج فى المقام لا يوجب تغيير الحقيقه، بل العين موجوده حقيقه غايه الامر الخصوصيه- و هى الامتياز- مفقوده، و هذه الجهه توجب الشركه بعد الفسخ، فما أفاده الشيخ هو الصحيح.

و ربما يقال: بأن الامتزاج لو كان مع مال الاجنبى لا يمكن رجوع العين الى الفاسخ لاستحاله رجوع العين الاستقلالى و أما الاشاعى فلم يكن بسبب البيع فكيف يرجع بالفسخ. و بعباره ملخصه: ان ما خرج من يده بالبيع لا يمكن رجوعه اليه، و ما يمكن الرجوع لم يخرج عن ملكه بالبيع حتى يرجع بالفسخ.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما لو تغير لون العين- بأن كان احمر فصار أبيض بعد البيع- فان الخصم لا بد أن يلتزم بعدم رجوع العين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۲

...

بالفسخ اذا كانت للفاسخ، اذ لا يعقل رجوعه لتغيره بصيرورته أبيض، و أما الابيض فلم يكن منقولا بالبيع، فان هذا الاشكال أوهن من بيت العنكبوت.

و أما الحل فان عين المال فى المقام موجود و المتغير انما هو بعض خصوصياته، و هو لا يوجب عدم رجوع العين بالفسخ. و الحق تماميه ما أفاده الشيخ، و هو أن بالفسخ قد دخل العين فى ملك الفاسخ و هو يوجب الشركه.

و استشكل عليه المحقق الايروانى: بأن الحكم بالشركه

هنا ينافى ما تقدم فى تصرف المغبون من الحاق الامتزاج بالخروج عن الملك، فان بين الكلامين تهافت.

و الجواب عنه: انه لاـ يقاس المقام بما تقدم من الشيخ، اذ فرق بين ما مر و بين ما نحن فيه، فانه يصدق التلف هناك بخلاف المقام فان عين المال موجود فى المقام مع زوال بعض الخصوصيات.

و التحقيق أن يقال: ان مال المغبون بالفسخ قد دخل فى ملكه، و هذا الدخول يوجب الشركه، غايه الامر لو كانت الشركه موجبه للعيب فى العين ليتحقق الارش على الغابن.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الامتزاج بالمساوى و أما لو كان الامتزاج بالأردإ فقد حكم الشيخ بحصول الشركه أيضا، و أفاد بأن فى استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، و لم يختر وجها.

و لا يبعد أن يقال: بأن الامتزاج يوجب الشركه، و أما النقص الحاصل فيوجب أخذ الارش. و أما لو كان الامتزاج بالاجود فربما يقال انه يملكه بالنسبه و لا شى ء عليه فانه رزق رزقه اللّه.

و يرد عليه: أولا بالنقض بسابقه، اذ المفروض أن الغابن ليس غاصبا و مع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۳

قوله: بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن (۱).

ذلك لم يقل أحد بأنه لا شى ء عليه بل رزق رزقه اللّه. و لا فرق بين المقامين، اذ الرداءه و الجوده أمران اضافيان.

و ثانيا بالحل، فان المفسوخ عليه لا بد أن يرد مال الفاسخ بمقتضى قانون الفسخ، و لا أرش على المغبون للغابن، لان الجوده ليست بفعله، بل حتى لو كانت بفعله لا نلتزم بالارش على الفاسخ، و لذا نلتزم بأنه ليس له شى ء فى العبد المسلم و فى قصاره الثوب.

و بما

ذكرنا ظهر أنه لا- تصل النوبه الى توجه اشكال الربا، و على فرض الالتزام بالقول الاخر أيضا لا نلتزم باشكال الربا، فان اشكاله مختص بالمعاوضات الاختياريه لا التعاوض القهرى الذى يحصل فى أثر الامتزاج، فان دليل الحرمه قاصر من الشمول فلاحظ.

### [الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن]

#### اشاره

أقول: يقع الكلام فى حكم التلف، فانه اما يكون من المغبون أو من الغابن، و على كل تقدير اما باتلاف من يده و اما باتلاف سماوى و اما بالفعل الاجنبى.

#### فههنا فروع يجب أن لا تخفى عليك

##### اشاره

قبل التعرض بالفروع، أن الوجه فى تعرض المصنف لهذه المسأله فى المقام أنه قد ادعى الشهره بل الاجماع على أن تصرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن مسقط للخيار فقد يتوهم بأنه لو كان التصرف مسقطا لكان السقوط بالتلف أولى، فذكر حكم التلف لدفع هذا التوهم، و هو أن القول بالسقوط هناك لا يلزمنا القول هنا الا أن يكون الجامع بين الموردين موردا للإجماع فهو أول الكلام. مضافا الى ذلك أن الاجماع ليس بحجه.

اذا عرفت ذلك فلنشرع فى بيان الفروع:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۴

##### (الفرع الاول) ما لو تلف ما عند المغبون باتلاف منه،

فانه لا وجه لسقوط الخيار كما مر و سيجى ء فى أحكام الخيار، فلو فسخ يغرم قيمه التالف و يأخذ ما عند الغابن ان كان موجودا و بدله ان لم يكن. و قد تردد المصنف بين غرامه قيمته يوم التلف و يوم الفسخ، و الظاهر أنه لا وجه لغرامه يوم التلف، فانه تلف فى ملكه، فالمدار على يوم الفسخ، بل المدار على يوم الاداء، لما قلنا من ثبوت نفس العين فى الذمه لو لا النص الخاص فى المقام.

و الحاصل انه لو قلنا بأن مدلول صحيحه «۱» ابى ولاد الحناط كون المدار على يوم الغصب، فلا بد من القول بأن الميزان بيوم الفسخ فى المقام، و أما لو لم نقل به فالميزان بيوم الاداء. نعم لو قلنا بأن تفاوت القيمه مضمون على الضامن يلزم القول بوجوب أعلى القيم، و هكذا الامر لو كان التلف بآفه سماويه.

و أما لو كان باتلاف اجنبى أفاد الشيخ الاعظم: ان المغبون يرجع بعد الفسخ الى الغابن، لأنه الذى يرد اليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله و الغابن يرجع الى المتلف.

و يرد عليه: أنه لا وجه للرجوع

الى المتلف، لأنه أتلف مال المغبون فضامن له، بلا فرق بين أن نقول بالانتقال الى القيمه من حين التلف و بين أن نقول بثبوت نفس العين فى عهده الضامن الى حين أخذ البدل. اما على الاول فظاهر، و أما على الثانى فلان العين الثابته فى ذمه المتلف ملك للمغبون و انتقاله الى الغابن بلا موجب.

أفاد السيد اليزدى أن على القول ببقاء نفس العين فى ذمه المتلف الى حين أخذ البدل يمكن دعوى أن الغابن يجد ما صار ملكا له بالفسخ فى ذمه المتلف

---

(١) التهذيب الجزء (٢) ص ١٧۶.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٢٣۵

قوله: و ان رجع عليه البدل ثم ظهر الغبن ففسخ (١).

قوله: و لو كان باتلاف الغابن (٢).

فيرجع عليه.

و يرد عليه: انه يلزم مما ذكر أن المتلف لو لم يؤد بدل ما أتلفه لم يكن حق للغابن الرجوع الى المغبون. الا أن يقال: بأنه من موارد توارد الايدى، لكنه فرق بين المقامين، فان المفروض فيما نحن فيه أن الاجنبى وضع يده على ملك المغبون فلا وجه للرجوع الى غيره، بخلاف توارد الايدى فان شمول قاعده اليد على الجميع سواء.

أقول: اى أن المغبون ان رجع الى الاجنبى و أخذ البدل ثم ظهر الغبن ففسخ المغبون رد على الغابن القيمه يوم التلف أو يوم الفسخ.

و قد ظهر مما ذكرنا انه لو قلنا بأن المناط يوم الغصب بمقتضى الصحيحه فالمناط يوم الفسخ، و ان قلنا بعدم دلاله الصحيحه و سلكنا على طبق القاعده فالمدار بيوم الاداء ان لم نقل بأعلى القيم كما أنه ليس ببعيد.

أقول: اى لو كان التلف باتلاف الغابن فان لم يفسخ المغبون أخذ القيمه من الغابن و ان فسخ أخذ الثمن منه.

و أورد

عليه السيد ان مقتضى القاعده أن الغابن يغرم للمغبون قيمه يوم التلف و يغرم المغبون له قيمه يوم الفسخ، و تظهر الثمره فى تفاوت القيمتين.

و يمكن الجواب عنه: بأنا لو قلنا ان الميزان بيوم الاداء لا بيوم الغصب فالظاهر أنه يتهاتر و لا شى ء لأحدهما على الاخر فلا يترتب ثمره عليه، و لكن لو قلنا بأعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء فالثمره المدعاه فى كلام السيد متين.

و لو كان التلف باتلاف الغابن و أبرأه المغبون ثم فسخ لا بد من أن يرد اليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۶

قوله: تلف ما فى يد الغابن بآفه او باتلافه ففسخ المغبون اخذ البدل (۱).

قوله: و لو تلف باتلاف الاجنبى رجع المغبون بعد الفسخ الى الغبن (۲).

القيمه، لان الابراء بمنزله أخذ البدل منه.

هذا تمام الكلام فى الفرع الاول مع ما يتعلق به من اللواحق.

## الفرع الثانى فيما يتعلق بتلف ما فى يد الغابن

فانه أيضا يتصور على أقسام:

(منها) أن يكون باتلاف الغابن، و يلحق به ما لو كان بآفه سماويه. أفاد الشيخ الاعظم: لو فسخ المغبون فى هذه الصوره بعد التلف يأخذ البدل، و فى اعتبار القيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الاكثر الاول.

و قد أورد عليه السيد فى الحاشيه بأنه لا وجه لجعل يوم التلف مدارا للحكم و كذا كونه ظاهر الاكثر محل تأمل.

و التحقيق أن يقال: انك قد عرفت فى الفرع الاول أنه لا وجه لكون يوم التلف مناطا للحكم، بل الميزان بيوم الفسخ على تقدير تماميه دلاله الصحيحه و يوم الاداء على تقدير آخر، و نحن اخترنا أن الميزان يكون بأعلى القيم، فلا نعيد.

هذا تمام الكلام فيما لو كان التلف باتلاف الغابن.

و أما لو كان باتلاف أجنبى فأفاد الشيخ بأن

المسأله ذات وجوه ثلاثه:

الاول: أن يرجع المغبون بعد الفسخ الى الغابن، لأنه ملك القيمه على المتلف، و لأنه الذى يرد عليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله.

الثانى: أن يرجع الى المتلف، لان المال فى ضمانه، و ما لم يدفع العوض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۷

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه (۱).

فنفس المال فى عهدته.

الثالث: أن يكون مخيرا فى الرجوع بأى منهما، أما الغابن فلانه ملك البدل، و أما المتلف فلان المال المتلف فى عهدته.

و الحق فى المقام أن يقال كما عرفت فى الفرع الاول: ان الغابن ضامن للمغبون و المتلف ضامن للغابن، بلا فرق بين أن نقول ان الثابت فى ذمه المتلف نفس العين أو القيمه، و ان كان السيد فصل بين المقامين و قد مر تفصيله و الجواب عنه. و أيضا لا يقاس المقام بباب توارد الايدى كما مر توضيحه آنفا.

**[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه]**

أقول وقع الكلام بين الاعلام فى أن خيار الغبن يختص بعقد البيع أو يدخل فى كل عقد معاوضى أو لا بد من التفصيل فى المقام. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المدرك لهذا الخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المعلوم منه، و هو البيع فلا يجرى فى غيره من المعاوضات، و أما لو كان المدرك الروايه الوارده فى مسأله تلقى الركبان و هى قوله «غبن المسترسل سحت»، أو الاشتراط الضمنى و هو اشتراط التساوى، أم قاعده نفى الضرر فالمقتضى للعموم موجود لعدم الفرق بين البيع و غيره كما هو ظاهر، فان نفى الضرر لا يختص بالبيع كما أن الاشتراط الضمنى

بمقتضى الارتكاز الطبعى فى جميع المعاملات على السواء. و حيث أن المدرك عندنا هو الشرط الارتكازى الفطرى فهو لا يختص عند العرف العقلائى بمعاوضه دون معاوضه، بل نلتزم بالخيار فى كل مورد يكون الشرط الارتكازى موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۸

قوله: نعم يبقى الاشكال فى شموله للصوره المتقدمه و هى ما اذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعامله بيعا كان أو غيره على عدم المغابنه و المكايسه من حيث الماليه، كما اذا احتاج المشترى الى قليل من شى ء مبتذل لحاجه عظيمه دينيه او دنيويه فانه لا يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بازائه، فان فى شمول الادله لمثل هذا خفاء بل منعا الا أن يتم بعدم القول بالفصل (۱).

هذا فى غير الصلح، و أما الصلح فهو على أقسام، فانه تاره يتوسل بالصلح لدفع بعض المحاذير و يراد منه فى الحقيقه أن يترتب عليه أثر البيع، فلا شبهه فى جريان الغبن فيه بلا اشكال، و أخرى يقع الصلح على ما فى الذمم فى صوره الشك و الترديد و الغرض التخلص عن الاشتغال و يكون مبنيا على المسامحه فلا يجرى فيه، لأنه مقدم و لم يشترط شيئا فلا مجرى لقاعده نفى الضرر و القاعده الاشتراط كما هو ظاهر، و ثالثه يدعى احد على آخر شيئا و الاخر ينكره و يصالحان على اسقاط الدعوى.

ففى الفرض لا بد أن يقع التقابل بين الثمن و ترك الدعوى، و لو وقع فى مقابل متعلق الدعوى يكون باطلا، لان المفروض أنه ليس شيئا فى نظر المنكر و لو انكشف بعد ذلك صدق دعوى المدعى يكون الاشتغال بماله لعدم موجب لسقوطه. و فى مثل هذا الصلح أفاد السيد الاستاذ دام ظله

بعدم جريان خيار الغبن لعدم موضوعه.

و فيه: انه ليس الامر كذلک، اذ ربما يکون مورد الدعوى مقدارا طائلا، و رفع اليد عن الدعوى بالمقدار الذى قبلاه يکون غبنيا.

اقول: لا شبهه فى أن المقدار الذى کان بناء المعامله على عدم المغابنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۳۹

قوله: اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور او على التراخى؟ (۱).

لا تشمله الادله، سواء کان المدرک قاعده نفى الضرر أو الاشتراط الضمنى أو الاجماع، و أما المقدار الزائد منه فيدخل فى عمومها.

و أما عدم القول بالفصل ففيه اشكال من وجوه قد بيناها فى محله.

**[كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا]**

**اشاره**

أقول: قد وقع الكلام بينهم فى كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا، و يظهر من كلام الشيخ أن القول الاول هو المشهور.

و الذى ينبغى فى المقام أن يقع البحث فى ثلاثه مواضع: الموضع الاول فيما يستدل به على الفور، الموضع الثانى فيما يستدل به على التراخى، الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟

**(أما الموضع الاول) [فيما يستدل به على الفور]**

فقد استدل للفوريه بأن الخيار على خلاف القاعده، فيقتصر على المقدار المعلوم خروجه عن تحت القاعده.

و يرد عليه: أولا ـ انه لو تحقق حكم حدوثا و لم يكن مانع عن بقائه بلحاظ دليل آخر يكون مقتضى الاستصحاب بقاؤه الى أن يحصل العلم بارتفاعه، فمجرد ما ذكر فى الدليل لا يكون وجها للفور.

و ثانيا لا وجه للالتزام بالاختصار على مقدار خاص بل لا بد من ملاحظه مدرک الخيار، فانه لو کان المدرک هو الاجماع لكان لهذا التقريب وجه، و أما لو کان المدرک حديث نفى الضرر أو قاعده الاشتراط لا يتم هذا التقريب.

و بعباره أخرى: لو كان لدليل الخيار اطلاق أو عموم يقتضى الخيار بقاء لا يبقى مجال لهذا لاشكال.

و استدل للفوريه أيضا بعموم وجوب الوفاء بالعقد، فان المرجع عند الشک

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۴۰

...

عموم العام لا استصحاب حكم المخصص، و لذا قال فی جامع المقاصد: ان عموم العام للأفراد يستتبع عموم الازمنه و الا لم ينفع بعمومه.

و الظاهر أن مقصوده ان عموم العام ان كان ناظرا الى الزمان فيشمل كل فرد من الزمان و ان لم يكن شاملا للزمان فلا أثر له، اذ المفروض أنه لم يشمل الفرد الزمانی.

و بعباره أخرى: ان وجوب الوفاء بالعقد ان لم يكن ناظرا الى الاستمرار الزمانی فما فائده العموم

الافرادی، و ان کان ناظرا الی العموم الازمانی فالمرجع هو العام.

و أورد علیه الشیخ: بأن لحاظ الزمان بالنسبه الی الافراد اما بنحو الظرفیه و اما بنحو القیدیه. و بعباره أخری: الاستمرار الزمانی تاره یلاحظ علی نحو الظرفیه لأداء الدین مثلاـ بالنسبه الی جمیع الازمنه، فان وجوب أداء الدین حکم واحد مستمر، فلو ارتفع الوجوب بالنسبه الی قطعه من الزمان لا مجال للأخذ بالعام، بل المقام مقام الاخذ باستصحاب حکم المخصص، بل لو لم یکن الاستصحاب جاریا لمحذور تصل النوبه الی أصل آخر. و السرّ فیه ان الحکم الواحد اذا ارتفع فلا مجال لعوده.

و أما لو کان الزمان قیدا للحکم بحیث یکون کل زمان ملحوظا مع استقلاله- کما فی صوم شهر رمضان- فلو خرج فرد من العموم مقتضی القاعده الاخذ بالعموم بالنسبه الی بقیه الافراد بحیث لو لم یکن الاخذ بالعام ممکنا لا مجال للأخذ بالاستصحاب، لأنه من قبیل اسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر.

و هذا الذی ذکرنا لا فرق فیه بین أن یکون العام وضعیا أو اطلاقیا، فان المناط ما ذکرنا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۴۱

...

و بهذا یظهر فساد ما فی جامع المقاصد من أنه حیث أن عموم وجوب الوفاء اطلاقی یجوز استصحاب الحکم المخصص. و أیضا یظهر بما ذکرنا أن ما أفید فی الاصول من أنه قد یخصص العام بالاستصحاب لیس علی ما ینبغی، و المقام من القسم الاول، و علیه مقتضی الاستصحاب بقاء الخیار لأنه باستمرار الخیار لا یتحقق تخصیص زائد کی ینفی بالعموم. فقد ظهر بما ذکر أن العموم لا یمنع بالاستصحاب کما أن الاستصحاب لا یمنع به، فان مورد کل منهما مغایر لمورد الاخر فلا اجتماع بینهما.

فقد تحصل أن

المقـام مورد جريان استصـحاب الخيار، بحيث لو لم يجر الاستصـحاب لا مجال للأخـذ بعموم وجوب الوفاء، بل لا بـد من اثبات اللزوم بوجه آخر، ففى المقـام حيث ان الحكم بلزوم العقـد من القسم الاول فالمقام مورد استصـحاب حكم المخصـص لا الاخذ بعموم العام. هذا ملخص كلامه رفع مقامه.

و يرد عليه: ان القاعـده تقتضـى الاخـذ بعموم العـام على كـل حال، فانه مع وجود الاماره لا تصل النوبه الى الاخـذ بالاصل، فانه فرش بالنسبه اليها.

و السرّ فيه أن العام حجه فى أفراده- أعم من أن تكون افراده ملحوظه بنحو الاستعراق أو تكون ملحوظه بنحو المجموع- مثلا لو قـال المولى «اكرم هؤلاء العشـره» بنحو العـام المجموعى بحيث يكون الحكم واحـدا ثم أخرج فردا أو فردين من العشـره أ ليس مقتضى القاعده الاخذ بالدليل و اكرام البقيه، فعليه لا بد من الاخذ بعموم وجوب الوفاء.

و الظاهر أن المقام من هذا القبيل كما أفاده الشـيخ، أما على مسـلكنا فى معنى الوفاء فالامر ظاهر، اذ المستفاد من الدليل هو لزوم العقد و هذا حكم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۲

...

واحد مستمر، و أما على مسلك الشيخ- و هو وجوب الوفاء- فربما يقال بأن لكل زمان وجوب من الامر ليس كذلك، فان كون الزمـان قيـدا بحيث يكون لكـل زمـان حكم غير حكم زمـان آخر يحتـاج الى المئونه و الى لحاظ خاص، و هو خلاف الظاهر. و على ما ذكرنا لا فرق بين المسلكين، فانه على كل تقدير يكون مقتضى القاعده الاخذ بالعام.

ثم انه هـل يكون فرق بين أن يكون التخصـيص من الاـول و بين أن يكون من الوسـط كى يقال بأنه لو كان من الاول لا بـد من الاخذ بالعموم، فانه ليس

تخصیص فی الفرد، و أما لو کان من الوسط فیجب الاخذ بالاستصحاب اذ لیس فیه تخصیص زائد. فعلی فرض صحه هذا الکلام یفصل فیه و لا یبعد أن یفرق بأن یقال: لو کان من الاول فلا مانع من الاخذ بالعام اذ یلزم تخصیص الفرد فیجب الاخذ به فی المقدار المشکوک فیه، فتحصل أن الحق فی المقام ان القاعده تقتضی الاخذ بالعام علی جمیع التقادیر.

ان قلت: لا مجال للأخذ بعموم العام لا بالاستصحاب و لا بدلیل العموم، أما الاول فلان المفروض انقطاعه بالتخصیص، و أما بالعموم فلان المدرک لعمومه اما نفس الدلیل أو قوله صلی اللّه علیه و آله «حلال محمد حلال الی یوم القیامه» أما الاول فلا یعقل أن یکون ناظرا الی هذه الجهه، لان نفس الحکم غیر ناظر الی بقائه و عدم نسخه.

و بعباره أخری: ان استمرار الجعل فرع وجود الجعل، و ان شئت قلت:

ان الجعل موضوع لاستمراره و کیف یمکن أن یکون الموضوع بیانا لحکمه و أما قوله «حلال محمد حلال» ناظر الی أن ما یکون حلالا لا ینسخ و یکون باقیا، و اما ان الفسخ بعد العقد هل هو حلال أم لا لا یستفاد منه، و فی المقام لا ندری

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۴۳

...

بأن العقد بعد زمان یکون لازما أو جائزا، فلا مجال الا لاستصحاب حکم المخصص.

قلت: ما أفید فی بیان الاشکال من أن الجعل غیر ناظر الی استمراره تام لکن اذا تمت مقدمات الاطلاق فیستفاد منها استمرار المجعول. و بعباره أخری:

نأخذ بالاطلاق و نحکم ببقاء المجعول الی الاخر.

**(الموضع الثانی) [فیما یستدل به علی التراخی]**

أفاد الشیخ قدس سره بأنه أیضا لا مجال للأخذ بالاستصحاب لان موضوع الخیار من یکون متضررا و لا یکون متمکنا من

الفسخ، فلو قدر على الفسخ ينعدم موضوع الخيار و يشترط فی جريان الاستصحاب بقاء الموضوع.

و فيه: أولا ان تقييد الموضوع بهذا القيد بلا وجه، فان المستفاد من القاعده أن المتضرر يكون له الخيار، و من الظاهر أن المغبون متضرر فی الان الثانی كما أنه متضرر فی الان الاول.

و ثانيا- ان كان المراد من التمكن التمكن مع قطع النظر عن الحكم الشرعی فهو غير متمكن حتی فی الان الثانی، و ان كان بلحاظ الحكم الشرعی فهو متمكن حتی فی الان الاول، فلا بد من عدم الخيار من الاول.

لا يقال: ان دليل لا ضرر ينفی الحكم الذی ينشأ منه الضرر، و الضرر فی المقام ناشئ من فعل المغبون.

فانه يقال: هذا التقريب دوری، اذ الاقدام لا يصدق الا مع فوريه الخيار و الحال ان الفوريه تتوقف علی الاقدام بحسب هذا البيان.

الاشكال الثانی فی الاستصحاب من جهه أن الشك فی بقاء الخيار من حيث المقتضی، اذ شك فی بقائه من حيث نفسه بلا تحقق رافع فی عمود الزمان.

و فيه: انه و ان كان الامر كذلك لكن قد حقق فی الاصول أن الاستصحاب حجه بلا فرق بين الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۴۴

...

ثم ان الشيخ نقل كلاما عن بعض معاصريه و لا يبعد أن يكون المراد منه صاحب المقابيس، و حكم بأنه لا محصل له، و ملخص ما أفاده: انه لو كان اللزوم أمرا مستمرا فمقتضی القاعده الرجوع الی العموم بعد مضی زمان الخيار المعلوم وجوده، و أما لو لم يكن لدليل اللزوم عموم فمقتضی استصحاب الملكيه عدم تأثير الفسخ كما ان مقتضی بقاء الخيار تأثيره، و الثانی مقدم علی استصحاب بقاء الملكيه. لكن القول بعموميه اللزوم أقوی.

فأورد عليه:

بأن المقام ليس مقام الرجوع الى العام كما مر، و أيضا الكل متفقون على أن دليل اللزوم هو العام لا استصحاب الملك.

و أنت خبير بأن ما أفاده التسترى متين، اذ كما ذكرنا لا فرق فى الاخذ بالعموم بين كون العموم استغراقيا و بين كونه مجموعيا، كما أنه لو لم يمكن الاخذ بعموم العام فلا مناص من الاخذ باستصحاب الملكيه. فما أفاده قدس سره متين جدا.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا اشكال فى الاستصحاب من هذه الجهه. نعم يبقى الاشكال العام المساوى فى جميع الاستصحابات الحكميه.

و لكن الذى يهون الخطب من اصله أنه لا تصل النوبه الى جريان الاستصحاب كى يجرى فيه القيل و القال، فانه لو كان المدرك للخيار الاجماع أو حديث لا ضرر لكان لهذا الاشكال مجال، و أما لو كان المدرك الاشتراط فى ضمن العقد فلا وجه لفوريه الخيار، بل مقتضى القاعده بقاء الخيار بعد مضى زمان الاول و حيث انا اخترنا هذا المسلك يكون مقتضاه استمرار الخيار كما هو واضح.

ربما يقال: انه لو قيل باستمرار الخيار يتضرر الغابن كما قيل نظيره فى اجازه العقد الفضولى، لكن قياس المقام بذلك الباب قياس مع الفارق، اذ لو قلنا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۵

...

بأن الاصل لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه ربما يتضرر ضررا عظيما، و أما فى المقام يجوز للغابن أن يتصرف فيما انتقل اليه غايه الامر لو فسخ المغبون يرد القيمه.

فانقدح مما ذكر أن الحق أن الخيار مستمر، لكن لو أغمض عما ذكرنا و قلنا بعدم جواز الاخذ بالعموم لما ذكره الشيخ، و أيضا التزمنا بعدم جريان استصحاب الخيار، و من ناحيه ثالثه قلنا بأن دليل الخيار لا يقتضى استمراره.

**[الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟]**

فموقع البحث

هو الموضع الثالث من المواضع الثلاثه، و مقتضى الاصل عند الشک فی بقاء الخيار عدمه، فان الاستصحاب يقتضی عدم تأثير فسخ المغبون بعد زمان الوهله الاولى. و لا مجال للمعارضه فی المقام، فانه لا يستصحب الملکيه بل بقاء الملکيه على القاعده، اذ البيع قد أثبت الملکيه الدائمه لکل من الطرفين، و انما شک فی أن الفسخ أثر فی الخروج أم لا، و الاصل عدمه.

و ان شئت قلت: ان الشک فی بقاء الملکيه مسبب عن الشک فی تأثير الفسخ، و الاصل السببی مقدم على المسببی.

ثم انه على القول بفوريه الخيار فهل الميزان بالفوريه الحقيقيه أو العرفيه؟

لاـ يخفى أن هذا اللفظ بماله من المفهوم لم يقع تحت دليل کی يستظهر منه شی ء بل اما نلتزم بالتراخی کما تقدم حتى على القول بکون المدرک للخيار دليل لا ضرر، و اما لا بد من القول بالفوريه الحقيقيه بلا فرق بين صوره العلم و الجهل و الالتفات و الغفله و النسيان، فان دليل نفی الضرر ينفی الضرر الناشئ من قبل الشارع لا الضرر المتوجه من جهه الجهل أو الغفله، کما أنه لا مجال للأخذ

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۴۶

قوله: الخامس خيار التأخير قال فی التذکره من باع شيئا و لم يسلمه الى المشتری و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه ايام (۱).

بدليل لا حرج، فان الفسخ لا يکون واجبا کی يقال بأن امتثال هذا التکليف فورا أمر حرجی.

و ملخص الکلام أن المدرک للفوريه أعم من أن يکون عموم وجوب الوفاء أو قاعده نفی الضرر بالنسبه الى الغابن أو استصحاب الملکيه و عدم تحقق الخيار يکون مقتضى القاعده الالتزام بالفوريه الحقيقيه.

و السر فيه

كما ذكرنا أن المنفى بالقاعده ما يكون من قبل الشارع، و أما الضـرر المتوجه الى المكلف من ناحيه جهله أو نسـيانه أو غفلته أو عدم فحصه أو غير ذلك فلا يكون منفيا بالقاعده كما هو ظاهر، الا أن يقوم اجماع تعبدى على التراخى و عدم الفوريه الحقيقيه. و الذى يهون الخطب أن أصل المبنى فاسد.

ثم انه قـدس سـره تعرض لفروع راجعه الى دعوى المغبون التارك للفسخ فورا الجهل أو النسـيان، و قد مر فى المسأله الثانيه من مسائـل خيـار الغبن الفروع الراجعه الى دعوى الجهـل بـالغبن، و الظاهر وحـده الملاك و المناط فى كل المقامين. و يظهر حكم الفروع المذكوره فى المقام مما ذكر فى تلك المسأله، فلا وجه للإعاده.

**[القسم الخامس خيار التأخير]**

**اشاره**

اقول: القسم الخامس من الخيارات خيار التأخير، و المشـهور بين العلماء أنه لو باع شيئا و لم يسلمه الى المشترى و لا قبض الثمن و لا شرط التأخير فالبيع لازم الى ثلاثه أيام، فان لم يجى ء المشترى بالثمن فى الثلاثه يكون للبائع الخيار،

**و الذى يمكن أن يكون مستندا لهذا الحكم أمور:**

**اشاره**

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۴۷

...

**الاول: الاجماع.**

و فيه ما عرفت منا مرارا فلا نعيد.

**الثانى: قاعده نفى الضرر،**

إذ البائع لا يجوز له التصـرف فى المبيع لكونه ملكا للغير و يكون تلفه عليه لأنه من التلف قبل القبض، و المفروض أنه لم يقبض الثمن.

و يرد عليه: أولا ان الاستدلال بالقاعده لا ينطبق على القيود التى أخذت فى هذا الحكم كما هو ظاهر.

و ثانیا- یجوز للبائع أخذ المبیع و تملکه بعنوان التقاص، لکن الحکم بجواز التقاص فی غیر صوره صدق الغصب و العدوان مشکل.

**الثالث: النصوص الوارده فی المقام،**

و هی العمده:

(و منها) ما رواه زراره عن ابی جعفر علیه السلام قال: قلت له: الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده فیقول حتی آتیک بثمنه. قال: ان جاء فیما بینه و بین ثلاثه أیام و الا فلا بیع له «۱». و هذه الروایه تامه سندا و دلاله.

(و منها) ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال: اشتریت محملا فأعطیت بعض ثمنه و ترکته عند صاحبه ثم احتسبت أماما ثم جئت الی بایع المحمل لأخذه فقال قد بعته، فضحکت ثم قلت: لا و اللّه لا أدعک أو أقاضیک. فقال لی: ترضی بأبی بکر بن عیاش؟ قلت: نعم، فأتیته فقصصنا علیه قصتنا فقال ابو بکر: بقول من ترید أن أقضی بینکما بقول صاحبک أو غیره. قال: قلت بقول صاحبی. قال:

سمعته یقول من اشتری شیئا فجاء بالثمن ما بینه و بین ثلاثه أیام و الا فلا بیع له «۲».

و لا بأس فیها من حیث الدلاله.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۹ من ابواب الخیار الحدیث (۱).

(۲) نفس المصدر الحدیث (۲).



...

(و منها) ما رواه علی بن یقطین انه سأل أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یبیع البیع و لا یقبضه صاحبه و لا یقبض الثمن. قال: فان الاجل

بينهما ثلاثه أيام فان قبض بيعه و لا فلا بيع بينهما «۱». و هى أيضا تامه سندا و دلاله.

(و منها) ما رواه اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام: من اشترى بيعا فمضت ثلاثه أيام و لم يجى ء فلا بيع له «۲».

(و منها) روايه هذيل بن صدقه الطحان «۳»، و هى مخدوشه سندا و دلاله.

و قد أفاد المصنف بأن ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع كما فهمه فى المبسوط، و حكى القول عن ظاهر الاسكافى المعبر بلفظ الروايات، و توقف فيه الأردبيلى، و قواه فى الكفايه، و جزم به فى الحدائق، و طعن على العلامه حيث أنه اعترف بظهور الاخبار فى الفساد و مع ذلك اختار ما ذهب اليه المشهور، و استدل بأن الاصل صحه العقد و حمل الاخبار على نفى اللزوم.

ثم انه قدس سره أفاد بأن ظهور الاخبار فى الفساد و لكن حيث أن المشهور فهموا منها نفى اللزوم، و هذا المعنى يقرب أن يكون المراد منها نفى اللزوم لا- الصحه، مضافا الى أنه يمكن أن يقال بأن الوارد فى اكثر الروايات من نفى البيع بالنسبه الى المشترى فقط قرينه على أن المراد بالمنفى اللزوم لا- الصحه، الا- أن فى روايه على بن يقطين ورد بلفظ «لا بيع بينهما». و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع الى استصحاب بقاء الملكيه.

ان قلت: الملكيه كانت موجوده فى ضمن المكيه اللازمه، و بعد ارتفاعها نشك فى تحققها فى ضمن غيرها، و لا- مجال للاستصحاب فيها، لأنه من الاستصحاب الكلى من القسم الثالث الذى لا نقول بجريانه حتى على مسلك الشيخ القائل

---

(۱) نفس المصدر الحديث (۳).

(۲) نفس المصدر الحديث (۴).

(۳) نفس المصدر الحديث (۵).

ج ۴، ص: ۲۴۹

...

بجريان القسم الثالث فى بعض الفروض.

قلت: ان اللزوم ليس فصلا للملكيه كى يتوجه هذا الاشكال، بل حكم للملكيه فلا مانع من الاستصحاب.

و فيما أفاده مواقع للنظر:

أما أولا- فلانه قدس سره مع اعترافه بظهور الاخبار فى الفساد كيف يتبع فهم المشهور، فانه وقع هذا الخلاف بينهم بأن الشهره تكون كاسره للظهور أم لا، و الحق أنه لا اعتبار بالشهره فى قبال الظهور.

نعم لو لم يكن معنى اللفظ معلوما لدينا و فهم المشهور منه شيئا لا يبعد بل يقرب جواز متابعتهم لأنهم أهل اللسان و ليس مقامهم أنزل من قول اللغوى، و أما لو كان معنى اللفظ ظاهرا لدينا فلا مجال لرفع اليد عن الظهور المحرر بفهم المشهور خلافه.

و ثانيا- ان ما أفاده قدس سره من أنه لا أقل من الشك فيرجع الى الاستصحاب فانه لو وصل الامر الى هذه المرحله لا تصل النوبه الى الاخذ بالاستصحاب، فان أدله الصحه للبيع تقتضى الصحه، اذ من الظاهر أن اجمال دليل المخصص المنفصل عن العام أو المطلق لا يسرى اليهما. و مجرد ذهاب المشهور الى خلاف الظاهر لا يقتضى رفع اليد عن الحجه، فان غايه ما يترتب على فهم المشهور حصول الظن بخلاف ظاهر الروايات، و هو لا يغنى من الحق شيئا، فلا مانع من الاخذ باطلاق حليه البيع و التجاره. و لعمرى ان هذا أمر ظاهر واضح و لم يكن من المطالب أن يخفى على مثله مع أنه استاذ الكل فى الكل، غير أن صدور الاشتباه من غيرهم عليهم السلام ليس بعزيز.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى المقام غير جار على مسلكه، حيث أنه من

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۰

...

الشك فى المقضى فلاحظ.

و رابعا- ان هذا

الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل، فتكون النتيجه هى الفساد.

و أما ما أفاده قدس سره من جريان الاستصحاب و عدم كونه من القسم الثالث متين، و ما اورده عليه السيد فى الحاشيه غير وارد، فانه أفاد فى الحاشيه بأن اللزوم و الجواز فصلان للملكيه، اذ لا يعقل تحقق الملكيه بلا لزوم و جواز، و قاس المقام بباب جعل الجواز حيث أنه لا يمكن أن يتحقق الا مع احد الفصول من المنع من الترك أو الرجحان أو التساوى و كذلك المقام.

و ما أفاده فاسد جدا، اذ يرد عليه: أولا النقض بالجسم فانه لا يقبل أن يوجد الا مع اللون و الحال انه ليس فصلا للجسم و يكون مباينا معه بل يكون عرضا قائما به.

و ثانيا ان اللزوم و الجواز من أحكام الملكيه، كما أن جواز بيع الملك و عدمه من أحكام الملك، فهل يمكن أن يقال بأن الجواز و عدمه من فصول الملكيه، و لذا بالنسبه الى الغافل يتصور جعل الملكيه بلا جعل اللزوم او الجواز. نعم بالنسبه الى الشارع الّذى يكون محيطا على جميع العوالم لا يتصور منه الغفله، فلا يعقل جعل الملكيه بلا جعل اللزوم أو الجواز. و الحاصل ان هذا الاشكال غير وارد على الشيخ.

أفاد السيد الاستاذ دام ظله بأنه لو قلنا بأن الروايات التى وردت فيها كلمه «فلا بيع له» للمشترى ظاهره فى نفى اللزوم، بقرينه انه لو كان المراد نفى الصحه لكان المناسب أن يقال فلا بيع لهما أو فلا بيع بلا ذكر شى ء تقدمت على روايه على بن يقطين الداله على الفساد، اذ بعد وقوع التعارض بينهما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۱

...

و تساقطهما بالمعارضه يكون الترجيح مع تلك الروايات، لان

الشهره موافقه لها.

و أما لو قلنا باجمال تلك الروايات فنقول: بأن روايه ابن يقطين ساقطه لاعراض المشهور عنها، فالقدر المتيقن هو الجواز بعد ثلاثه أيام. و بعباره أخرى: القدر المعلوم بعد الثلاثه ان البيع لازم فنشک فی بقاء الملكيه و نحكم بها بالاستصحاب.

و فيما أفاده جهات من الاشكال على ما استفدنا من بياناته القيمه، فانه أولا ـ يرد عليه أن الشهره الفتوائيه لا ـ تكون حجه بل المرجح الشهره الروائيه، و تحقيق الكلام موكول الى باب التعادل و الترجيح، فما أفاده فى الشق الاول غير تام.

و أما الشهره الروائيه فليست فى تلك الروايات، فان ما رواه جميل عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام و ان رويت بطرق عديده لكن تصل كلها الى زراره. و بعباره أخرى: الروايه واحده و أما غيرها فكلها ساقطه سندا.

أما روايه ابن طحان فبنفسه، و أما روايه ابن حجاج فبأبى بكر، و أما روايه ابن عمار فالراوى عنه أبان و فيه نقاش اذ لم يوثق، مضافا الى أن الشهره بهذا المقدار لا يتحقق كما هو واضح.

و ثانيا: ان اعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب سقوطها، فما آفاده فى الشق الثانى أيضا فاسد.

و ثالثا: أنه لو وصل الامر الى ما ذكره فلا نحتاج الى الاستصحاب كما ذكرنا فى رد الشيخ بل نأخذ باطلاق دليل الصحه.

و رابعا: انه لو وصلت النوبه الى الاستصحاب يعارضه أصاله عدم الجعل فتكون النتيجه هو الفساد، اذ خروج الملك عن ملك مالكه بهذا المقدار معلوم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۲

...

و الزائد على هذا المقدار خلاف الاستصحاب. و من الظاهر أن هذا الاستصحاب ليس فيه اشكال و ايراد.

و استدل الاستاذ دام ظله لإثبات المدعى بتقريب آخر، و هو:

أن ما يستفاد منه البطلان روايه ابن يقطين، و المراد منها أن البائع بعد مضى ثلاثه أيام لو قبض المثمن- أى لم يفسخ المعامله- فهو و ان لم يقبض بأن فسخ البيع فلا بيع بينهما، و هذا عباره أخرى عن الخيار بعد الثلاثه الذى التزم به المشهور.

و المنشأ فى هذا الاستناد فاء التفريع، فانه عليه السلام قال «فان الاجل بينهما ثلاثه أيام فان قبض» فالمراد من كلمه «القبض» اقباض البائع المبيع بعد الثلاثه.

و منه يظهر أن اقباض الثمن قبل الثلاثه و عدمه لا يرتبط بالخيار و عدمه، و لو تم هذا البيان و قلنا باجمال الروايه تصل النوبه الى استصحاب الملكيه بذلك البيان الذى مر عليك آنفا.

و فيه: اولا أن هذا البيان يتوقف على كون قبض مشددا و هو أول الكلام و المفروض عدمه فى الروايه، و احتمال الاشتباه خلاف الاصل العقلائى، بل مقتضى الاصل عدم صدوره مشددا من الامام عليه السلام، فان التفريع يصح.

مع كونه فى الثلاثه، فان الاجل ثلاثه أيام فلو تحقق القبض- أى قبض الثمن- فى هذه الثلاثه فهو و الا يكون البيع باطلا.

و ثانيا: ما افاده من الاخذ بالاستصحاب، ففيه ما مر منا آنفا فلاحظ.

و استشكل السيد فى الحاشيه على جريان الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن ظاهر الاخبار البطلان من الاول، فكأنه ان القبض فى الثلاثه شرط الصحه و مع عدمه يكون البيع باطلا بأن لم يقع صحيحا بأثر صحيح ثم طرأ عليه الفساد، و عليه لو أجمل اللفظ و وصلت النوبه الى الاستصحاب لا يكون الاستصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۳

قوله: ثم انه يشترط فى هذا الخيار امور: احدها عدم قبض المبيع و لا خلاف فى اشتراطه ظاهرا

(۱).

جاریا لأنه لا متیقن فی السابق کی یستصحب.

و فیه: انه یکفی فی الصحه بعد الاجمال صحه اطلاق البیع، فلا اشکال فی الاستصحاب من هذه الجهه بل الاشکال من جهه ما أورده فلاحظ.

اذا عرفت ما ذکرنا فاعلم أن الظاهر من روایه ابن یقطین البطلان، و احتمال کون لفظ «قبض» مع التشدید خلاف الظاهر. و علیه یکون المراد من لفظ «بیعه» هو الثمن، أی قبض البائع الثمن فی ضمن الثلاثه و ان لم یقبض فالبیع باطل لا من اصله بل من حینه، خلافا للسید حیث ذهب الی البطلان من الاول. فیکون مفاد الروایه موافقا لبقیه الروایات. و لا مجال لوقوع التعارض بین الروایات، اذ دلاله ما دل علی نفی البیع من طرف المشتری فی نفی اللزوم لیس بحد یوجب رفع الید عن روایه ابن یقطین الظاهره فی الفساد، و علی فرض التعارض فالقاعده تقتضی الحکم باللزوم لعدم الترجیح لأحد الطرفین.

نعم لو قلنا بجواز التنجیز الاصولی فی المتعارضین للمجتهد أن یختار جانب الجواز المستفاد من أحد الطرفین کما أن له اختیار جانب الاخر فلاحظ. نعم لا یبعد أن یحصل الاجماع علی عدم اللزوم، اللهم الا أن نقول بأنه مدرکی.

### [قد ذکر فی هذا الخیار شروط]

### اشاره

اقول: قد ذکر لهذا الخیار شروط:

### [الشرط الأول عدم قبض المبیع]

(الاول) انه ذکر المصنف قدس سره لا خلاف فی اشتراطه ظاهرا مستدلا بروایه علی بن یقطین علی تقدیر تشدید لفظ «قبض» و کون المراد بالبیع المبیع.

و أورد علیه السید الاستاذ دام ظله: بأنه علم مما ذکرنا عدم موضوع لهذا الکلام، فانه حمل اللفظ علی الاقباض بعد مضی الثلاثه بالتقریب المتقدم، و قد مر ما فیه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۵۴

...

و نقل المصنف عن الریاض انکار دلاله الروایه علی هذا الشرط، ثم أورد علیه بانه لا وجه للإنکار الا احتمال سقوط هذه الجهه

من الروايه من النسخه التى أخذها منها، أو احتمال كون البيع بالتشديد، بأن يكون المراد منه هو البائع، أى قبض بايعه الثمن. و هذا الاحتمال ضعيف، فان استعمال البيع مفردا عير معهود، مع أن الاصل عدم التشديد- انتهى.

و لا يخفى ما فى كلام المصنف، اذ ما أفاده فى الرياض لا يتوقف على هذا التقريب، فانه يرد عليه: أولا ان أصاله عدم التشديد فى البيع يعارض بأصل عدم التشديد فى قبض. و ثانيا انه علم مما ذكرنا أن ما أفاده يمكن استفادته من الكلام، بأن يقرأ «قبض» بلا تشديد و يكون المراد من بيعه هو الثمن.

و ملخص الكلام فى المقام على ما ذكرنا: ان الروايات متطابقه على أن الشرط فى الخيار عدم قبض الثمن، و أما بالنسبه الى المبيع فلا تعرض له فى الروايات فلاحظ، فمقتضى الاطلاق أنه لو لم يقبض الثمن يثبت الخيار، أعم من أنه قبض المثمن أو لم يقبض.

ثم انه لو كان عدم القبض لعدوان البائع- بأن دفع المشترى و البائع لم يقبضه- أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا يثبت الخيار، لان هذا الخيار

للإرفاق بالنسبه الى البائع لان لا يتضرر.

و ما أفاده قدس سره فى وجه هذا الحكم و ان كان متينا لكن الاولى أن يستدل بقوله «ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له»، فان المستفاد من هذه العباره أن الميزان لثبوت الخيار عدم مجى ء المشترى بالثمن فى الثلاثه.

ثم ان المشترى لو قبض المبيع بلا اذن من البائع بلا اقباض للثمن، ففيه وجوه: منها انه كلا قبض مطلقا، و منها انه لو استرده يكون كلا قبض و الا فلا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۵

...

و منها أنه قبض مطلقا، و منها أنه لو قلنا بأنه يرتفع الضمان بهذا القبض يكون قبضا مؤثرا و الا فلا.

و اختار الشيخ الوجه الاخير، بتقريب أن البائع انما جعل له الخيار لدفع ضرره و المفروض أنه لا يتضرر بالتلف لأنه لا ضمان عليه لو تلف و لا يجب عليه حفظ المبيع، و أما جريانه من التصرف فى الثمن فيتدارك بأخذ المبيع مقاصه.

و لا يخفى أنه على ما ذكرنا لا تصل النوبه الى هذا البحث، اذ ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار و عدمه قبض الثمن و عدمه، و مع الاغماض عما ذكرنا يرد على الشيخ بأن دليل الخيار لم يكن حديث الضرر كى يجى ء هذا البيان بل كان المدرك النص الخاص. هذا أولا، و ثانيا أن التقاص يتوقف على التمكن من الاسترداد، و ثالثا ان التقاص يتوقف على أن لا يكون حبس الثمن من طرف المشترى عدوانا.

و الحق على هذا المسلك أن يكون هذا القبض كلا قبض، اذ المستفاد من روايه ابن يقطين أن الميزان باقباض البائع لا بالقبض مطلقا.

و لو مكن المشترى و لم يقبضه أفاد

الشيخ قدس سره بأن المسأله مبنيه على ارتفاع الضمان و عدمه.

و الحق أن الميزان بما يستفاد من النص، و لا يبعد أن يقال بأنه لو صدق الاقباض على مجرد التمكين يسقط و الا فلا.

و استظهر صاحب الجواهر من بعض النصوص كخبر زراره أن مجرد التمكن من القبض لا- أثر له، اذ فيه قال «سائل ثم يدعه عنده»، و مع ذلک أجاب علیه السلام بثبوت الخيار. و أيده السيد فى الحاشيه و قال: ان الحق مع صاحب الجواهر، فانه يصدق الوديعه مع التمكن من الاخذ، بل يصدق حتى فى صوره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۶

قوله: الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن (۱)

أخذ المبيع أولا و تركه عنده ثانيا.

لكن الحق مع الشيخ قدس سره، اذ غايه ما فى الباب هو الاطلاق كما فى كلام السيد، و من الظاهر أن الاطلاق يقيد بما فى روايه على بن يقطين و جعل الميزان بالاقباض و عدمه، فالعمده صدق الاقباض على التمكين و عدمه.

نعم لو شک فى الصدق فلا بأس بالاخذ باطلاق روايه زراره بهذا المقدار.

ثم ان قبض بعض المبيع كلا- قبض أو كالقبض، بدعوى أنه يصدق عليه قبض المبيع أو يلتزم بالتبعض بالنسبه الى ثبوت الخيار وجوه.

لا اشكال فى أن القبض على الاطلاق لا يصدق على قبض البعض، فهذا الوجه باطل. فأفاد الاستاذ دام ظله فى المقام بأن المسأله من فروع النزاع المعروف بين الفقهاء بأن ضم ما لا يصح بيعه الى ما يصح يوجب بطلان الجميع أو صحه ما يصح، و الحق هو الثانى. و السر فيه أن المبيع ينحل بسبب أجزاء المبيع الى بيوع عديده، فمقتضى القاعده جريانه بالنسبه الى البعض.

و لكن الظاهر أن ما أفاده و

ان كـان تاما بحسب الكبرى الكليه لكن الظاهر من خبر ابن يقطين الـذى هو العمـده فى هـذا الحكم قبض المجموع، فلا أثر فى قبض البعض.

### [الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن]

أقول: الشرط الثانى من شرائط خيار التأخير عدم قبض مجموع الثمن.

أفاد الشيخ قدس سره ان قبض البعض كلا قبض.

و أفاد الاستاذ بأن اللازم قبض تمام الثمن لكن البيع ينحل بحسب أجزائه فبالنسبه الى ذلك المقدار يصدق انه قبض تمام الثمن، فيكون للبائع حق الخيار بالنسبه الى البقيه و يجوز له الفسخ، غايه الامر انه فسخ يكون للمشترى خيار التبعض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۷

قوله: و القبض بدون الاذن كعدمه (۱).

و الحق أنه لا يمكن مساعـدته، فان المسـتفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفى لزوم قبض تمام الثمن كما عليه الشـيخ قـدس سره. نعم الاسـتدلال للمـدعى بروايه ابن حجاج بتقريب أن أبا بكر هكذا فهم من كلام الامام عليه السـلام ليس تاما، اذ فيه: أولا ان الروايه ضعيفه السند كما تقدم. و ثانيا لم يعلم من كلام أبى بكر القاضى أنه حكم لمن و على من، فانه ليس فى الروايه دلاله من هذه الناحيه. و ثالثا ان فهم أبى بكر لا فائده فيه.

و الحق مـا ذهب اليه الشـيخ حيث قـال: فيه نظر، خلافـا للعلامـه حيث اسـتدل بالروايه. و العجب من الميرزا حيث قال على ما فى كلام مقرره: لم أفهم وجه النظر، فان وجهه ظاهر كما قال سـيدنا الاسـتاذ دام ظله. و كيف كان ففى روايه زراره لإثبات المدعى غنى و كفايه فلاحظ.

أقول: لو قبض الثمن بلا اذن المشترى هل له أثر أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا أثر له.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير بأن

المستفاد من الاخبار الوارده فى المقام أن الميزان للخيار عدم المجى ء بالثمن بنحو السالبه بانتفاء المحمول بأن يكون الثمن عنده و لم يجى ء به.

و بعباره أخرى: الاخبار متعرضه للصوره التى يمكن الاتيان به و لم يأت به و أما لو لم يكن ممكنا فالروايه لا تشمله، فعليه لا تكون هذه الصوره موردا لدلاله الخبر، فلا بد من أن يعمل على طبق القاعده.

و ما أفاده منقوض بصوره الغفله و النسيان، فهل يمكن أن يقال بأنه لو لم يجى ء بالثمن لا يثبت الخيار، بتقريب أنه لم يكن متمكنا لغفلته، لكن مع ذلك لا يبعد أن يقال: بأن الروايه لا تشمل هذه الصوره، أى صوره قبض البائع الثمن بدون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۸

قوله: و هل هى كاشفه او مثبته أقواهما الثانى (۱).

اجازه المشترى، فان الروايه منصرفه عن هذه الصوره.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أن ضرر الضمان باق فى صوره عدم قبض الثمن باذنه. فلا وجه له، فان البائع مالك للثمن و يجوز له التصرف، فلو امتنع المشترى من الاقباض للبائع أن يفسخ البيع عند الحاكم و يقبض الثمن.

لكن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، اذ هو قدس سره استدركه بعد سطر بقوله: لو كان القبض عن حق فلا خيار، لان الخبر منصرف عن الصوره. و لكن الذى يتوجه الى الشيخ أن يقال: ان المدار فى سقوط الخيار لو كان مجى ء المشترى بالثمن فلا فرق بين القبض عن حق و بلا حق و لا بد من الالتزام بثبوت الخيار، و ان قلنا بانصراف الدليل عن صوره القبض فلا فرق بين الرضا و عدمه أيضا و ان الخيار غير ثابت.

أفاد المحقق الايروانى أن المستفاد من

الاخبار أن القبض مانع عن الخيار على نحو الاطلاق، فلا خيار مع القبض بلا فرق بين الصورتين.

و ما أفاده و ان كان موافقا لما ذكرناه، لكن تقريب المدعى مختلف فانا ندعى أن الروايه منصرفه عن صوره القبض، و أما الفرق بين المبيع و الثمن بأن يقال فى طرف المبيع لا بد من الاذن و أما فى طرف المشترى يكفى مطلق القبض، فلا وجه له كما يظهر من كلام الشيخ.

أقول: لو قلنا باشتراط الاذن فلو قبض الثمن فأجاز المشترى هل يكون كاشفه أو ناقله؟ افاد الشيخ بأن الحق انه ناقل، و تظهر الثمره فيما قبض قبل الثلاثه و أجاز بعدها فلا بد من السؤال من مراده، فما أفاده من أن الحق انه ناقل ان كان ناظرا الى ما أفاده فى باب الفضولى من أن الاجازه ناقله فيرد عليه انه قد مر أن مقتضى القاعده فى ذلك الباب هو الكشف، و ان كان نظره بأن مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۵۹

قوله: الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين (۱).

القاعده النقل فى المقام و ان كان الكشف هناك فالحق كما أفاده، اذ الامر التكوينى لا يستند الى الشخص بالاجازه بخلاف الامور الاعتباريه كالملكيه و نحوها.

ثم ان للسيد كلاما فى المقام، و هو أن قبض البائع للثمن اسقاط للخيار غايه الامر لو كان بلا اذن لا يؤثر و أما بعد لحوق الاجازه فيؤثر و ان كانت الاجازه ناقله. و كلامه مخدوش من جهات اذ يرد عليه:

أولا- ان الخيار يثبت بعد الثلاثه و القبض كان فى الثلاثه.

و ثانيا- ان قبض الثمن لا يرتبط باسقاط الخيار.

و ثالثا- ان القبض لو كان اسقاطا للخيار فلا يفرق بين الصحيح و الفاسد.

و

رابعا- أنه لا معنى لكون الاجازه كاشفه كما ذكرنا.

## [الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]

أقول: أفاد السيد الاستاذ دام ظله فى المقام على ما فى التقرير بأن جعل حق التأخير يتصور على ثلاثه أقسام: الاول أن تكون المده أزيد من ثلاثه أيام الثانى أن يجعل ثلاثه أيام، الثالث أن يجعل أقل منها.

أما لو كان ازيد من الثلاثه فلا تشمله أخبار المقام، و الوجه فيه أن الاخبار الوارده فى هذا الباب تتضمن حكمين: سلبى و هو عدم الخيار الى الثلاثه و ايجابى و هو الخيار بعد الثلاثه.

و لا يخفى ان الخيار فى فرض التأخير على طبق القاعده بمقتضى الشرط الضمنى، فالحكم السلبى المستفاد من أخبار الباب على خلاف القاعده، و شرط التأخير معناه عدم الخيار الى هذه المده، فلا تنافى بين الاخبار و بين الشرط.

و أما ثبوت الخيار بعد الثلاثه فهو حكم على طبق القاعده للشرط الضمنى، لكن لا مجال لهذا التقريب مع شرط التأخير، فالتأخير على القاعده و لا موقع للعمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۰

قوله: الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره (۱).

بأخبار الباب كما هو ظاهر و لو كان حق التأخير بمقدار الثلاثه يثبت الخيار بمقتضى القاعده الاوليه و بمقتضى أخبار الباب و يكون البيع قبلها لازما، غايه الامر هذا اللزوم يكون له سببان و هما اشتراط التأخير و الروايات الخاصه. و أما لو كان أقل من الثلاثه فلا و لو جعل حق التأخير يكون البيع لازما يومين و بعد انقضائهما يثبت الخيار بمقتضى أخبار الباب. فتحصل أن النتيجه تظهر فيما يكون حق التأخير أزيد من الثلاثه، فانه بعد انقضاء الثلاثه لا يثبت الخيار بل بعد انقضاء المده المقرره بينهما. و الحاصل انه

لا يشترط هذا الخيار بعدم اشتراط التأخير.

هذا كلامه.

و الحق أن ما أفاده غير تام، فان النص كما أفاده الشيخ قدس سره منصرف عن صوره شرط التأخير. و توضيح هذا المطلب: ان الظاهر من النص فى هذا الباب أن ابتداء المده و الاجل من حين العقد. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى ان الظاهر منه أن هذا فيما يكون الوظيفه التسليم لكن جعل على خلاف القاعده حق التأخير، و من الظاهر أنه مع جعل اشتراط التأخير لا يكون الوظيفه التسليم بل بمقتضى القاعده الثانويه لمن يكون عنده المال أن يؤخر تسليمه، فلا بد من الالتزام بأحد الامرين اما جعل المده من حين العقد و اما من حين انقضاء الاجل، و كلاهما خلاف الظاهر. و يؤيد المدعى أنه ادعى الاجماع عليه فى الجهه كما فى عباره الشيخ فلاحظ.

### [الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره]

#### اشاره

أقول: و الذى يمكن أن تقول به لهذا الشرط أمور:

#### الاول – الاجماع،

و قد تصدى الشيخ قدس سره أن الحكم مجمع عليه عندهم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۱

...

و فيه: ان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل غير حاصل، مضافا الى أنه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا.

#### الثانى – ان المدرک لهذا الخيار قاعده نفى الضرر،

و لا ضرر فيما يكون المبيع كليا، لأنه لا ضمان عليه.

و فيه: أولا انه يتصور الضرر فيما يكون كليا، فانه يمكن أن يتصور أن الشخص قادر على تسليم وزنه من الحنطه و لا يقدر على أزيد من هذا المقدار، فبالتأخير يقع فى الضرر، بأن لا يمكنه أن يعامل مع غير هذا المشترى.

و ثانيا: ان الدليل ليس قاعده نفى الضرر بل الدليل الاخبار.

**الثالث- الاخبار الوارده فى المقام.**

و لا يخفى أن روايه زراره داله على الشخصيه لكن لا مفهوم لها فلا بد من ملاحظه غيرها، و أما روايه على بن يقطين فالحق أنه عام، و أنه لا فرق بين كون المبيع كليا و شخصيا.

**ثم انه قد ذكر شروطا أخرى لهذا الخيار:**

**منها عدم الخيار من ناحيه أخرى للبائع و لا للمشترى،**

و قد نسب هذا القول الى العلامه فى التحرير. و ما يمكن أن يكون وجها لهذا القول أمور:

الاول: انه قد مر آنفا بأن التأخير الذى يكون موضوعا لهذا الخيار هو التأخير لا عن حق، هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و عدم لزوم الاقباض، فلو فرضنا ثبوت الخيار يكون التأخير عن حق فلا يكون موضوعا للخيار.

و فيه: ان المبنى فاسد من أصله، و هو جواز عدم الاقباض مع الخيار، فان أثر الخيار جواز حل العقد لكن ما دام العقد باقيا يجب العمل بمقتضاه، و المفروض أن كل واحد من العوضين قد انتقل الى الطرف الاخر فيجب على



...

كل منهما الاقباض للاخر.

و ما عن الميرزا بأنه لا يجب الوفاء فى فرض الخيار فلا يجب الاقباض غير تام، اذ الوفاء عباره عن عدم حق الفسخ و لا تنافى بين الجواز و لزوم الاقباض.

ان قلت: وجوب الاقباض هو انما بلحاظ الشرط الضمنى، و حيث أن العقد جائز فلا يجب الوفاء بالشرط، لان المفروض ان دليل «أَوْفُوا» غير شامل له.

قلت: دليل نفوذ الشرط قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» فالشرط نافذ.

ان قلت: كيف يكون العمل بالشرط لازما مع أن المفروض أن العقد جائز.

قلت: لا تنافى بين الامرين، بل لعله قد مر منا بأن العقد لو انحل باعمال الخيار يكون وجوب العمل بالشرط بحاله بل يمكن أن يقال بنفوذ الشرط

حتی فیما یکون فی ضمن العقد الفاسد لتحقق أرکانه و اطلاق دلیل صحته و نفوذه فلاحظ.

و تفصیل الحال موکول الی باب الشروط فانتظر.

و یؤید المطلوب أنه لو لا ذلک یلزم أن یکون مبدأ الثلاثه، من حین انقضاء المجلس لوجود خیار المجلس، و بعد انقضاء الثلاثه فیما یکون المبیع حیوانا لوجود خیار الحیوان. و هو کما تری، و الوجه فی هذا الالتزام أنه لو لاه یقع التنافی بین أدله هذا الخیار و أدله تلک الخیارات، و الجمع بین الادله بهذا النحو لیس جمعا عرفیا بل تبرعی، و رفع للتنافی بأی وجه کان. و من الظاهر أن الجمع التبرعی لا اعتبار به و الا لا یبقی المعارضه بین الادله کما هو ظاهر.

الثانی: انصراف دلیل هذا الخیار عن مورد وجود خیار آخر.

و فیه: أنه لا وجه لهذا الانصراف، فانه مجرد ادعاء.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۶۳

...

الثالث: ان الخیار الثابت بالتأخیر للبائع بلحاظ تضرره من جهه التأخیر و مع وجود الخیار لا یکون فی التأخیر ضرر علیه، اذ یمکنه الفسخ.

و فیه: أنه لو کان المدرک حدیث لا ضرر لکان لهذا البیان مجال، و حیث أن الدلیل النص الخاص فی المقام فلا مجال لهذا التقریب کما هو ظاهر.

الرابع: ان مقتضی دلیل الخیار ان العقد لازم قبل الثلاثه و خیار بعد مضیها و المستفاد من هذا الدلیل أنه یثبت الخیار بعد الثلاثه- أی جنس الخیار- فبقانون المقابله یفهم أن اللزوم قبل الثلاثه مطلقا فلا یکون خیار قبل الثلاثه علی الاطلاق.

و فیه: ان النفی و الاثبات فی هذا الخیار راجعان الی الناحیه الخاصه و هی التأخیر و عدمه، فلا ینافی ثبوت الخیار من ناحیه أخری.

و بعباره أخری: الذی یفهم من الروایه

أنه لا خيار من ناحيه التأخير الى ثلاثه أيام، و هذا ظاهر واضح، فالحق أن هذا الشرط فاسد و لا دليل عليه.

**(و منها) تعدد المتعاقدين،**

بتقريب أن هـذا الخيار لا يثبت ما دام خيار المجلس موجودا. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أنه اذا كان العاقد واحدا لا يتصور سقوط خيار المجلس.

و فيه: أولا انه قـد مر آنفا عـدم منافاه هذا الخيار مع خيار المجلس. و ثانيا انه لا يثبت الخيار الناشـئ من قبل المجلس للوكيل فى مجرد الصيغه. و ثالثا يمكن اشتراط سقوطه أو اسقاطه بعد العقد.

ان قلت: المستفاد من روايه زراره ان المشترى غير البائع.

قلت: هذا مما لا شبهه فيه، فانه لا يعقل اتحاد المشترى و البائع، لكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۴

قوله: ثم ان مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان (۱).

تعدد المتعاملين لا يستلزم اتحاد العاقدين، و هذا ظاهر واضح.

**(و منها) أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجاريه،**

و المدرك ما رواه ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام فى جاريه اشتراها و قال المشترى و جئتك بالثمن. قال عليه السلام: ان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له.

و نسب الى الصـدوق الحكم فى مطلـق الحيـوان، و الحـق انه لا ـ وجه للقول به فى مطلق الحيوان، فـان الوارد فى النص خصوص الجـاريه و الحمـل على المثال لا وجه له و ليس فى الروايه دليل على عـدم الاقباض من طرف البائع. و أيضا المسـتفاد من الروايه بطلان البيع بعد شهر. و كيف كان حكم خاص فى خصوص هذا النوع من المبيع، و لا وجه لتسريه الحكم الى مطلق الحيوان.

ثم ان سـيدنا الاسـتاذ دام ظله أفاد فى المقام بأن المستفاد من هذه الروايه أن الخيار ثابت و لو مع عدم اقباض المبيع، فبها يقيد ما رواه ابن يقطين و نقول:

بأن فى بيع الجاريه خصوصيه و هى عدم

اشتراط عـدم اقبـاض المبيع، و لو علم من الخارج اتحاد الحكم بين الموارد تقيـد هـذه الروايه بروايه ابن يقطين، لكن الروايه من حيث أنه لم يعمل بها الا الصدوق ساقطه عن درجه الاعتبار.

و يرد عليه: أولاـ ان اعراض المشـهور لا يسـقط الخبر عن الحجيه. و ثانيا انه لا تنافى بين الخبرين كى يقيـد أحـدهما بالاخر لأنه ليس فى روايه ابن يقطين مفهوم بل حكم فى مورد خاص.

**[فى أن مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان]**

اقول: ان مبدأ الثلاثه من حين العقد أو من حين التفرق. أفاد الشيخ قدس سره بأنه من حيث كون الظاهر من الروايه ان مده الغيبه ثلاثه أيام يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۵

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (١).

المعيار بالتفرق، و من حيث ان الضمير يرجع الى المشترى يكون كنايه عن عدم التقابض، و هذا هو الاقوى.

و الحق أن يقـال: انه لاـ اجمـال فى الروايه، فان الظاهر أن الضـمير يرجع الى الاشتراء، فيكون دالا على أن الميزان العقـد، و على فرض الاجمال يؤخذ بروايه ابن يقطين، فانها ظاهره فى أن المبدأ نفس العقد.

ثم انه لو كـان فى الروايـات اجمـال فهـل مقتضـى الاصـل الثـانوى مـا ذا؟ الحق أن مقتضاه أيضا أن يحسب من حين العقـد، فان الازيـد من هذا المقدار- أى أزيد من الثلاثه أيام من حين العقد- ليس دليل يدل على اللزوم، فيؤخذ بمقتضـى الشـرط الضـمنى المقتضى للخيار، و هذا ظاهر فلا تغفل.

**[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]**

**اشاره**

أقول: افاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط هذا الخيار بأمور:

**(منها) اسقاطه بعد الثلاثه،**

و هذا أمر على طبق القاعده الاوليه، فان هذا الخيار من الحقوق، و من الظاهر ان الحق قابل للإسقاط.

انما الاشـكال فى سـقوطه بالاسقاط فى الثلاثه من حيث أن الخيار يحصل بعد الثلاثه. و وجه الاشكال أنه اسقاط لما لم يجب. و يـدفع بأنه لا اشـكال فى اسـقاط ما لم يجب الا التعليق، و بطلان التعليق من جهه الاجماع و القـدر المتيقن منه ما يكون فى البيع.

نعم الاسقاط على نحو التنجيز لا يمكن حيث لا معنى للإسقاط بلا تعلقه بالساقط و المفروض عدمه.

و بعباره أخرى: الاسقاط أمر تعلقى، و تحققه بلا تحقق ما يتعلق به لا يمكن، لكن الكلام و الاشكال فى اصل المقتضى، فانه لا دليل على جواز الاسقاط على نحو الاطلاق، بحيث كلما يكون ممكنا ثبوتا نلتزم بصحته، و انما المسلم أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۶۶

...

الحق الفعلى قابل للسقوط بالاسقاط.

و أفاد الشيخ قدس سره فى وجه الجواز وجوها:

الاول- ان العقد سبب للخيار، و المفروض أنه تحقق فى الخارج، فيجوز اسقاط الخيار بعد تحقق العقد.

و فيه: انه ليس فى الاحكام الشرعيه الا تحقق الموضوع و الحكم و لا سبيل للسببيه و أمثالها، مضافا الى أن السببيه التامه بعد لم تحقق، فان المفروض أن الخيار لا يتحقق الا بعد مضى الثلاثه، و الاشكال فى عدم الدليل على صحه الاسقاط ما لم يتحقق فى الخارج.

الثانى- جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، فيجوز فى المقام بالفحوى.

و فيه: كما فى كلامه قدس سره بأن المدرك للجواز لو كان هو الاجماع لكان لتقريب الاولويه مجال، و لكن لو كان دليل الشرط ففى الاصل اشكال فكيف بالفرع.

و قد

أفاد الميرزا قدس سره وجها آخر للجواز، و هو أن الخيار و ان كان موضوعه بعد الثلاثه لكن مبدأ تحققه من حين العقد، فانه من حينه يجب على المشترى بمقتضى الشرط أن يدفع الثمن و تحقق الخيار من جهه تأخير الثمن، فمعنى اسقاط الخيار اجتيازه عن حق المطالبه، و هذا الحق فعلى فلا موضوع للإشكال.

و ما أفاده قدس سره متين من حيث أن حق المطالبه امر وضعى و حق قابل للإسقاط لكن يرد فيما أفاده: أولا ان اسقاط الخيار ليس معناه الاجتياز عن حق المطالبه، فان كل واحد منهما امر فى مقابل الاخر. و ثانيا ان الاجتياز عن حق



...

المطالبه لا يوجب سقوط الخيار، فان الخيار مترتب على التأخير اعم من أن يكون التأخير عن حق أم لا، فالاشكال باق على حاله.

اذا عرفت ما تقدم نقول: يمكن أن نتمسك بوجه آخر، و هو أن هذا الخيار ليس كالخيار التعبدى المجعول من قبل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان، بل خيار ثابت بمقتضى الشرط، و من الظاهر أن الشارط بشرطه يملك ما شرطه على المشروط عليه، و هذه الملكيه فعليه و قابله للتصرف فيه فلا مانع من رفع اليد عنه و اسقاطه. مثلا لو اشترط البائع على المشترى خياطه ثوبه بعد شهر و بعد البيع لو أسقط الشرط هل يشكل بأنه لا يجوز حيث أن ظرف الخياطه غير متحقق، و المقام كذلك.

و مما ذكر يظهر أمر، و هو أنه لو شرط البائع على المشترى أن يحج عن أبيه فى موسم الحج و قبل مجى ء الموسم مات الشارط و بعد مجى ء الموسم لم يحج المشترى يكون خيار تخلف الشرط للميت أو للوارث، فان

قیل للمیت قلنا المیت لیس قابلا لان یملک شیئا بعد الموت، و ان قیل للوارث قلنا ان الارث یتعلق بما ترکه المیت و المفروض أنه لم یترک شیئا و مع ذلک کیف یمکن الالتزام بعدم الخیار.

و حل هذه الشبهه بما ذکرناه، فان الشارط بشرطه یملک شیئا علی المشروط علیه، و هذا الحق المملوک له ینتقل بالارث الی وارثه. نعم لو لم یرجع الاسقاط الی ما ذکرناه و بلا اسقاط الحق الفعلی و مع ذلک یسقط خیاره فی ظرفه یبقی الاشکال بحاله و لا دافع له.

**(و منها) اشتراط سقوطه فی ضمن العقد،**

أفاد الشیخ فی المقام بأن المدرک لصحه هذا الشرط لعله عموم الشرط. ثم أورد بأن شمول عموم الشرط یتوقف

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۶۸

...

علی جواز الشرط فی حد نفسه و الا یشکل، اذ الشرط لا یوجب مشروعیه ما لا یجوز بلا شرط.

و لا یخفی أنه قد مر تفصیل هذا البحث فی بحث مسقطات خیار المجلس و لا نعید. و محصل ما ظهر مما قلنا هناک: أن الدلیل علی صحه هذا الشرط النص الخاص الوارد فی باب المکاتبه، و هو ما رواه ابن خالد عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن رجل- الی أن قال- بشرط أن لا یکون لک الخیار علی أبی اذا أنت ملکت نفسک. قال علیه السلام: لا یکون لها الخیار المسلمون عند شروطهم «۱». فانه یفهم من هذه الروایه بحسب الفهم العرفی أن شرط سقوط الخیار المتأخر عن زمان العقد صحیح و جائز. فبملاحظه هذه الروایه لا بأس أن نلتزم بجواز هذا الشرط و الا یشکل الامر کما حققناه فیما تقدم من بحث خیار المجلس فراجع.

**(و منها) بذل المشتری للثمن بعد الثلاثه.**

قال الشیخ قدس سره فان المصرح به فی التذکره سقوط الخیار حینئذ، و قیل بعدم سقوط الخیار بذلک استصحابا، و هو حسن لو استند الی الاخبار- انتهی موضع الحاجه من کلام المصنف.

و ملخص ما أفاده قدس سره فی المقام هو الفرق بین أن یکون الدلیل النص و بین أن یکون حدیث نفی الضرر، فانه علی الاول لا مانع من استصحاب الخیار.

و فیه: یرد أولا انه لو استندنا الی الاخبار فلا نحتاج الی الاستصحاب، اذ یکفی اطلاق النص، فان مقتضی مفهوم قوله علیه السلام «و الا فلا بیع له» ان عدم المجی ء بالثمن فی

الثلاثه يوجب الخيار، أعم من لا يجى ء بالثمن أو جاء به بعد الثلاثه.

ثانيا- ان الاستصحاب فى الحكم الكلى غير جار على المبنى للمعارضه.

و أفاد قدس سره بأنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر فلا وجه للخيار، لان

---

(۱) الوسائل، الباب (۱۷) من ابواب المكاتبه الحديث (۱).



...

المفروض أن الضرر غير موجود الان و القاعده لا تتدارك الضرر السابق فالحكم اللزوم.

و أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير: بأنه لو كان ما أفاده تاما لا يكون وجه للخيار كما أفاده، لكن لا وجه للزوم أيضا، لان اللزوم حكم واحد مستفاد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فاذا ارتفع فى زمان فلا وجه لعوده لأنه حكم واحد، فاذا سقط لا دليل على ثبوته. اللهم الا أن يدفع المشترى الثمن فى الان المتصل بآخر زمان الثلاثه، فانه فى هذا الفرض لا مانع من جريان استصحاب اللزوم، لكنه مجرد فرض و لا واقع له. هذا كلامه.

و يرد فيه: أولا ان عموم «أَوْفُوا» محكم، و لا وجه لرفع اليد عنه الا فى مقدار دلاله الدليل كما ذكرنا كرارا، فالمرجع عموم «أَوْفُوا» و لا منافاه بين بقاء اللزوم و بين أن يكون حكما واحدا و لا يكون له عموم زمانى.

و ثانيا: انه لا مجال لاستصحاب اللزوم حتى مع فرض الاتصال بزمان انقضاء الثلاثه لمعارضته بعدم الجعل.

و ثالثا: أن ما ذكره لو فرض تاما لكن تكون النتيجه هو اللزوم، لأنه مع الشك فى صحه الفسخ حكم ببقاء الملكيه، و هذا معنى اللزوم.

هذا ما يرجع الى كلام سيدنا الاستاذ دام ظله، و أما ما أفاده الشيخ قدس سره فى هذا المقام فحاصله: انه لو كان الدليل حديث نفى الضرر

فلا مجال لبقاء الخيار لان المفروض أن الضـرر مرتفع حين البذل و الضـرر السابق لا يتدارك بالقاعده، و لا يكفى تحقق الضـرر سابقا، اذ المستفاد من القاعده ان المنفى الضرر الفعلى، و المفروض أنه لا ضرر فعلا.

و يظهر من كلامه أنه لا يرى جريان الاستصـحاب، و لذا أورد عليه السـيد فى الحاشـيه بأنه يجرى الاصل مع شرح طويل. و لكن الذى يسهل الخطب أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۰

...

المـدرك ليس حـديث نفى الضـرر، مضافا الى أن الاستصـحاب معارض بعـدم الجعل، و حيث ان المـدرك هو النص و قلنا انه مطلق و لا وجه لما أفاده من انصـرافه الى صوره التضـرر الفعلى، فان كون الملاك هو دفع الضـرر عن البائع لا يوجب الانصراف فالمحكم اطلاق النص، و عليه ما أفاده العلامه لا يخلو عن ضعف.

**(و منها) أخذ الثمن من المشترى.**

قال الشيخ قدس سره بناء على عدم سقوطه بالبذل.

و لا يخفى أنه ليس الاخـذ دائما مترتبا على البـذل كى يتجه ما أفاده، بل يمكن تحقق الاخـذ بلا أن يتحقق البـذل، كما لو أخذه بلا اذن من المشترى فلا موقع لهذا الكلام. و كيف كان ما قيل فى وجه سقوط الخيار بالبذل أنه التزام فعلى بالبيع فيسقط به.

و فيه: أنه لا وجه لسـقوط الخيار بالاخذ، فان مجرد الاخذ لا يستلزم سقوط الخيار، فان للبائع أن يأخذ الثمن لأنه حقه، و لكن مع ذلك يمكن أن يستفيد من حقه الخيارى و يفسـخ فلا وجه لهذا المدعى. و الحاصل انه لا وجه للسـقوط بالاخذ الا ان يقصد به الاسـقاط، و حيث ان الاصل عـدم قصـد الاسـقاط فلا يحكم به الا مع العلم أو الاطمئنان العقلائى أو اقامه حجه شـرعيه فلا يعبأ بالظن فكيف

بمجرد الاحتمال.

و لا يقاس المقام بباب سقوط خيار الحيوان، فانه بلحاظ النص الخاص الوارد فيه، مضافا الى أن فى مورد الحيوان التصرف وقع فى مال نفسه، و فى المقام لا يكون التصرف فى مال نفسه مطلقا، كما لو فرض أن الثمن كلى فانه يحتمل أن يكون بعنوان العاريه أو الهبه، و احتمال العاريه أو الهبه مخصوص بما يكون الثمن كليا اما فى الثمن الشخصى فلا معنى لهذا الاحتمال، اذ المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۱

قوله: و هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن (۱).

قوله: مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى (۲).

أن الثمن ملك للبائع فلا يتصور العاريه أو الهبه.

ثم ان ما أفاده الشيخ بأن خير الوجوه أوسطها و لكن الاقوى الاخير، لا يخلو عن تناقض فلاحظ.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا وجه لسقوط الخيار بالاخذ، فانه لا دلاله على اسقاط الخيار حتى فى خيار الحيوان فكيف بالمقام فان الاخذ لا يدل على الاسقاط بأى نحو من الدلالات.

### [هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن]

أقول: الحق هو عدم السقوط، فان مطالبه الثمن لا يدل على اسقاط الخيار لا فى المقام و لا فى سائر الخيارات، لا لان المطالبه ليست تصرفا، فان المسقط لا يلزم أن يكون تصرفا، و التصرف انما يكون مسقطا اذا قصد به الاسقاط بل لأنه لا مقتضى فيه للإسقاط.

و لا يخفى أن المدرك لهذا الخيار ليس حديث الضرر كى يكون مجال لما أفاده الشيخ من الفرق بين كون الضرر الموجب للخيار هو الاستقبالى، بخلاف الضرر فى البيع الغبنى، فانه لا موضوع لهذا البحث، فان الدليل هو النص الخاص المضى للشرط الضمنى الواقع بين المتبايعين.

### [مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]

أقول: هذا الخيار فورى أم تراخى، أفاد الشيخ قدس سره بأنه قد مر ما يكون مستند الكل من القولين و قد مر أن المستند للفوريه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب أن الخارج منه مقدار و فى غيره يكون العموم مرجعا، و المستند للخيار استصحاب الخيار.

و الحق من هذين القولين قد ظهر مما مر، فان الحق أن عموم العام متبع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۲

...

و لا مانع من الاخذ به الا فی مقدار خرج بالدلیل. و الاشکال فیه: بأنه لیس فیه عموم زمانی غیر جار کما عرفت آنفا فلا مجال للاستصحاب. مضافا الی أن الاستصحاب فی أمثال المقام لا یجری علی مذهب الشیخ لأنه شک فی المقتضی کما هو ظاهر.

اضف الی ما ذکرنا أنه معارض بأصاله عدم الجعل. و لکن هذا کله مع فرض الشک، و أما بالنظر الی النص الوارد فی المقام فلا مجال لهذا البحث، فان مقتضی اطلاقه بقاء الخیار.

و هذا هو الوجه لما أفاده الشیخ قدس سره بأن الجواز أقرب الی البطلان المستفاد من قوله علیه السلام «لا بیع له»

کی یرد علیه کما عن المیرزا بأن الاقربیه لا یوجب الحمل علیه. مضافا الی أنه قد مر بأن قوله علیه السلام «لا بیع» لا یدل علی البطلان، حیث نسب الی خصوص المشتری.

و ملخص الکلام فی المقام یمکن أن یستدل للتراخی بأحد وجوه:

الاول- أن نقول ان قول علیه السلام «لا بیع له» ظاهر فی الخیار و باطلاقه یثبت التراخی.

الثانی- أن نقول بأنه ظاهر فی نفی الصحه، لکن ببرکه الاجماع نحکم بالصحه مع الجواز، و باطلاق نفی الصحه نحکم بالجواز المتراخی.

الثالث- ان نقول بأنه مجمل، و یحتمل أن یکون ناظرا الی نفی الصحه کما یمکن أن یکون ناظرا الی نفی اللزوم، و ببرکه الاجماع نحکم بالصحه و ببرکه الاستصحاب نحکم ببقاء الجواز، لکن یرد فیه: أنه معارض بعدم الجعل و لنا أن نقول: بأن الظاهر من النص هو الفساد علی الاطلاق، لکن قبل الفسخ

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۷۳

قوله: مسأله لو تلف المبیع بعد الثلاثه کان من البائع اجماعا (۱).

لا یفسد قطعا و أما بعد الفسخ فحیث لا دلیل یحکم بالفساد. و هذا معنی کونه جائزا أو خیاریا فلاحظ.

### [مسأله لو تلف المبیع بعد الثلاثه کان من البائع اجماعا]

أقول: لو تلف المبیع بعد الثلاثه یکون من مال البائع أم لا؟ قال الشیخ قدس سره: کان من مال البائع اجماعا مستفیضا بل متواترا کما فی الریاض، و یدل علیه النبوی المشهور و هو قوله صلی اللّه علیه و آله: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه «۱».

و لا یخفی أن النبوی ضعیف سندا، و عمل المشهور به لا یجبره، و الاجماعات یحتمل أن تکون مستنده الی النبوی. و لکن الظاهر أن الحکم فی الجمله مسلم فیما بینهم. و لا یخفی ان هذا حکم المبیع

الذى لم يقبض من المشترى.

و ربما يقال: بأنه يقع التعارض بين هذه الروايه و قاعدتين أخريين: احداهما قاعده الخراج بالضمان «۲»، ثانيتهما قاعده التلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له «۳».

و يجاب عن القاعده الاولى:

أولا- بأنه لا دليل عليها.

و ثانيا- ان قاعده الخراج بالضمان أعم من قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فان مورد الثانيه اوسع فتخصص بالاولى كما هو الميزان.

و ثالثا- المستفاد من الروايه النبويه بحسب النظر فيها ان الخراج فى مقابل الضمان المعاملى، فكل ضمان معاملى يستلزم الخراج، و فى المقام الضمان جعلى

---

(۱) المستدرك، الجزء (۲) الصفحه ۴۷۳.

(۲) مبسوط الجزء (۲) الطبع الجديد الصفحه ۱۲۶.

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب الخيار.



...

و مولوى لا معاملى.

و رابعا- ان المورد خارج تخصصا، فانه بحكم الشارع التالف يرجع الى ملك من فى يده المال. و عليه فلا تختل قاعده الخراج بالضمان.

و يجاب عن الثانيه- و هى قاعده كل مبيع فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له المستفاده من بعض الروايات «۱»، فيجاب عنها بوجوه:

الاول: انه قيل باختصاصها بخيار الحيوان و المجلس و الشرط كما فى كلام المصنف و انتظر لتحقيق الحال فيها فيما يجى ء من أحكام الخيار إن شاء اللّه تعالى.

الثانی: ان القاعده بحسب ما یستفاد من النص اختصاصها بما بعد القبض و لا اتحاد بین القاعدتین بحسب المورد.

الثالث: ان تلک القاعده ناظره الی أن من له الخیار اذا تلف ما انتقل الیه فهو علی من علیه الخیار، و فی المقام أثبت الضمان علی من یکون له الخیار فکم فرق بین الامرین. و لو تلف فی الثلاثه فالمشهور کما فی کلام المصنف ان ضمانه علی البائع

أيضا و ادعى عليه الاجماع فى كلام جماعه من الاعلام، كما أن على خلافه ادعى الاجماع و ذهب اليه المفيد و غيره.

و ما يمكن أن يكون مـدركا للمشـهور أمور: منها الاجماع، و منها النبوى المتقـدم، و منها ما رواه عقبه بن خالد عن ابى عبد اللّه عليه السـلام قال: من مال صاحب المتاع الـذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع- الخ «۲» فان هـذه الروايه داله على كون التلف فى الثلاثه حيث ان المشترى قال آتيك بالثمن غدا فسرق المتاع. فلاحظ.

---

(۱) الوسائل الباب ۱۱ من ابواب الخيار.

(۲) الوسائل الباب (۱۰) من ابواب الخيار.



قوله: مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع (۱).

و لكن هـذه الوجوه الثلاثه كلها مخدوشه، فان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل منه غير حاصل، مضافا الى أنه مدركى، و النبوى ضعيف و لا ينجبر بالعمل و الروايه لا اعتبار بها من جهه محمد بن عبد اللّه بن هلال فان تم الامر بالتسالم فهو و الا يشكل الحكم على طبق المشـهور. و لو مكنه و لم يقبض فلو قلنـا بصـدق القبض بالتمكين يترتب عليه حكم القبض فلا يكون تلفه عليه بعـده. و أمـا لو قلنـا بـأن القبض لاـ يتحقق بـالتخليه و التمكين يترتب عليه حكم التلف قبل القبض و لا وجه لما أفاده الشـيخ من انصراف الدليل الى غير هذه الصوره.

**[مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع]**

أقول: لو اشترى ما يفسد من يومه كالبقولات و الخضـروات فأفاد الشيخ قدس سره بأنه ان جاء بالثمن ما بينه و ما بين الليل فهو و الا فلا بيع له.

و لا يخفى أن المتاع

لو فرض فساده فی الیوم فلا أثر للخیار فی اللیل أعم من أن یکون المـدرک النص أو قاعده لا ضـرر، و لذا ما أفاده فی الدروس من کون هـذا الخیار خیار ما یفسده المبیت متین، فلا بد أن یکون المراد بالعموم مجموع الیوم و اللیل، کما أطلق هذا المعنی فی بعض الموارد، و یکون المراد بالفساد الاشراف علیه لا تحققه. و کیف کان یمکن أن یکون المدرک لهذا الخیار أحد أمور:

الاول- النص الخاص، و هی مرسله محمد بن ابی حمزه أو غیره عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الرجل یشتری ما یفسد من یومه و یترکه حتی یأتی بالثمن.

قال: ان جاء فیما بینه و بین اللیل بالثمن و الا فلا بیع له. و هـذه الروایه من حیث الدلاله لا یبعد أن تکون داله علی الفساد کما مر آنفا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۷۶

...

و أما مرسل صـدوق فی الفقیه بقوله «العهده فیما یفسد من یومه مثل البقول و البطیخ و الفواکه یوم الی اللیل»، فیحتمل أن یکون من کلام الصدوق لا من کلام الامام. و عن الجواهر انه الظاهر مضافا الی انه مرسل و لا اعتبار به.

و أمـا نقل صاحب الوسائل بأن الروایه مسـتنده فاشـتباه منه، کما یظهر اشـتباهه من نقله الروایه مرسـله فی الباب التاسع من أبواب الخیار و الخامس منها.

فلاحظ.

و أما من حیث الـدلاله فیمکن أن یکون المراد من قوله علیه السـلام «العهـده فیما یفسد من یومه» ان تلف المبیع من البائع یکون الی اللیل، و تکون الروایه مخصصه لقاعده کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه. و یمکن أن یکون المراد من العهده عهده البیع، أی یکون البیع لازما

يوما واحدا و بعده يكون جائزا، أعم من أن جاء المشترى بالثمن أم لا، غايه الامر مقيد بروايه ابن حمزه.

الثانى- الشرط الضمنى على حسب الارتكاز العقلائى، و هذا لا اشكال فيه و لكن مقتضاه ثبوت الخيار بالتأخير مطلقا، و ليس محدودا بهذا الحد كما هو ظاهر.

الثالث- قاعده نفى الضرر، فان مقتضاها ثبوت الخيار فيما يكون اللزوم ضرريا. و هذا التقرير تام على مسلك القوم فى مفاد القاعده، و أما على ما سلكناه فلا تقتضى الخيار كما هو واضح. مضافا الى انه مع ثبوت الخيار بمقتضى الشرط الارتكازى لا يكون مجال للقاعده، فان البيع لا يكون لازما برفع الزامه بالقاعده.

ثم انه هل يتعدى الى بقيه الموارد كما لو كان المبيع مما يفسد فى نصف اليوم، لو قلنا بضعف المدرك كما قلنا فلا مجال لهذا البحث، كما أنه على فرض التنزل لا وجه للتعديه فانها تحتاج الى الدليل. نعم يكون الشرط الارتكازى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۷

قوله: ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير (۱).

جاريا على القاعده.

---

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۲۷۷

**[ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير]**

أقول: ان الشيخ أفاد بأن الظاهر شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير.

لا يخفى على ما ذكرنا لا يبقى مجال لهذا البحث، و أما مع الاغماض فالظاهر أنه لا وجه للالتزام بوحده الفرعين، فانه لا يبعد أن يكون الخيار فى ذلك المقام ناشئا من تأخير الثمن. و فى المقام ناشئا من عدم قبض الثمن.

نعم بعض الشرائط ملحوظ فى المقام، لكن على حسب القاعده لا من باب لحاظ تلك الشرائط، فان المبيع لو قبض

لا يبقى مجال للخيار، فالميزان بقبض الثمن لا بعدم مجى ء الثمن.

ان قلت: الظاهر من روايه على بن حمزه ان الموضوع عدم مجى ء المشترى بالثمن و مجيئه.

قلت: المفهوم من الروايه أن مجى ء المشترى بالثمن يكون مقدمه لقبض الثمن. فلاحظ الروايه و تأمل فيها تصدق مقالتنا.

و الحاصل ان الميزان بقبض الثمن فهذا شرط لازم، كما أنه لا بد من كون المبيع شخصيا اذ لا يتصور الفساد فى الكلى فى الذمه.

ثم ان المراد بالفساد الوارد فى النص ليس الفساد الحقيقى كما أفاد الشيخ، فان الفواكه و الخضروات ليست تفسد حقيقه بمرور يوم واحد، بل تنقص قيمتها بزوال طراوتها كما هو المشاهد فى الاسواق. فلا يرد عليه الاشكال بأن معنى الفساد هو الحقيقى، و أما تغيير الصوره النوعيه فهو تلف لا فساد.

و هل يلحق بالفساد فوات السوق أم لا؟ لو كان المدرك النص الخاص فالحق أنه لا يشمله، و لو كان حديث نفى الضرر فلو قلنا بأن فوات السوق يكون داخلا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۸

قوله: السادس خيار الرؤيه، و المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطا فيه المتبايعان (۱).

فى التلف يشمله الحديث لأنه ضرر على البائع، و أما لو لم يكن كذلك فان لم يجى ء المشترى بالثمن يكون لزوم البيع ضررا على البائع، كما هو ظاهر حديث أنه محروم من التصرف فى الثمن و فى المبيع، لكن ذكرنا أن المدرك هو الشرط الارتكازى يجرى فى هذا الفرض أيضا كما هو ظاهر.

## [القسم السادس خيار الرؤيه]

### اشاره

أقول: لا يخفى لو عنون البحث بهذا العنوان لا يبقى مجال، للبحث عن دليل هذا الخيار، لأنه يدخل فى خيار تخلف الشرط، و الحال أن المدعى خيار الرؤيه خيار برأسه فى قبال

بقيه الخيارات كما عده الشهيد. و كيف كان

**ما يمكن أن يستدل به لإثبات هذا الخيار أو استدل به أمور:**

**الاول– الاجماع.**

و فيه ما يرد فى غيره من الموارد، فان الاجماع فى مثال المقام لو لم يكن مقطوع المدرك فلا أقل من احتمال كونه مدركيا فلا اعتبار به.

**الثانى– حديث نفى الضرر،**

بتقريب أن لزوم العقد ضررى و الضرر منفى فى الشريعه. و فيه:

أولا: انه على مسلكنا لا مجال للاستدلال للمدعى كما هو ظاهر.

و ثانيا: ان الضرر انما نشأ من أصل العقد لا من لزومه. و بعباره أخرى:

ان العقد اما وقع على الاطلاق بلا اشتراط الخيار لو ظهر مخالفا لما يكون منظورا، و اما مع شرط الخيار. أما على الثانى فلا مجال للتمسك بحديث نفى الضرر، لان المفروض ثبوت الخيار بالتخلف، و أما على الاول فلا يشمله الحديث، لان المفروض أن المكلف بنفسه أقدم على الضرر، مضافا الى أنه لو كان ضرريا يكون المتضرر مغبونا، فلا حاجه الى اثبات خيار الرؤيه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۷۹

...

و ثالثا: لا يكون تخلف الوصف دائما موجبا للضرر بل ربما لا يكون ضرر.

نعم تخلف الغرض الشخصى و هذا غير الضرر. نعم يتصور الضرر فى الامور الشخصيه و لكن يجرى فيه ما قلنا فى الضرر النوعى المتوجه الى الشخص.

و للأستاذ كلام فى المقام على ما فى التقرير، و هو أن الضرر المتصور فى المقام ناشئ من أصل المعامله لا من لزومها.

ان قلت: نحكم بفساد المعامله لكونها ضرريا.

قلت: حديث لا ضرر انما يرفع الاحكام الضرريه التأسيسيه كوجوب الوضوء الضررى، و أما الاحكام الامضائيه الضرريه فلا يشملها الحديث، و حيث ان صحه البيع حكم عقلائى لا يكون مشمولا للقاعده.

و فيه: ان هذا الدعوى بلا دليل، و لا وجه لهذا التقييد، بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق العمده فى الاشكال ما ذكرناه.

**الثالث- النصوص:**

منها ما رواه جميل قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل اشترى ضيعه- الى أن قال- فقال أبو عبد اللّه عليه السلام: انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و

تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها كان له فى ذلک خيار الرؤيه «۱»، بتقريب أن القطعه غير المرئيه ظهرت على خلاف ما كان يتصور فبعد الرؤيه يكون له الخيار.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير ان فى هذه الروايه ثلاثه احتمالات:

الاحتمال الاول- أن يكون المراد من النظر النظر قبل البيع الى تسع و تسعين قطعه من الضيعه و عدم النظر الى قطعه، فيكون البيع غرريا فيكون باطلا.

و بطلان تلک القطعه يوجب بطلان البيع بالنسبه الى تمام الضيعه من باب أن ضم

---

(۱) الوسائل الباب (۱۵) من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۰

...

المجهول الى المعلوم يوجب بطلان المركب منهما، و يكون المراد من الخيار الاختيار فى تجديد البيع الصحيح و رفع اليد عن المعامله. و على هذا الاحتمال لا يكون الخبر مرتبطا بما نحن فيه.

الاحتمال الثانى- ان يكون المراد بالنظر النظر بعد البيع و هو لا يكون موجبا للخيار، مضافا الى ان الخيار المبحوث عنه فى المقام خيار الرؤيه و خيار عدم الرؤيه.

الاحتمال الثالث- ان يكون المراد من عدم الرؤيه عدمها بعد الاشتراء و المراد بالرؤيه الوجدان، أى بعد الاشتراء لم يجد ما اشتراه و قد يستعمل الرؤيه فى لوجدان كقوله تعالى «لا ترى أمتا و لا عوجا»، فيكون المراد بالخيار خيار تبعض الصفقه و يكون على القاعده، و لكن لا يرتبط بالمقام، فالروايه لا دلاله فيها على المقصود، و هذا ما أفاده الاستاذ دام ظله.

فالحق ان ما أفاده غير تام، فان الظاهر من الروايه ان البيع فرض صحيحا و الامام أمضى هذا الفرض و انما يسأل الراوى عن حقه فى استقباليته، فأجاب الامام بأنه له فيها خيار الرؤيه. و ليس

هـذا بحسب الفهم العرفى الا ـ تخلف تلـك الاوصاف المتصور فى القطعات فكأنما المشترى فتش و جزم بأن الضـيعه بتمامها من سنـخ واحـد و لكن انكشف له الخلاف بعـد البيع كما هو المترائى فى المعاملات المقـدار له، فالحق أن الروايه لا قصور فيها من حيث الدلاله على خيار الرؤيه المبحوث عنه. فلاحظ و تأمل.

و منهـا مـا رواه زيـد الشـحام عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام، و فيهـا قال لا تشتر شـيئا حتى تعلم اين تخرج سـهم، فان اشترى فهو بالخيار اذا خرج. و تقريب الاستدلال بالروايه أنه لو خرج السهم المشاع على خلاف ما وصفه البائع يكون المشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۱

...

بالخيار بعد الرؤيه.

و أفاد الشـيخ قـدس سـره بأنه لم يعلم وجه الاسـتدلال بهذا الخبر، لأنه لو اشترى بنحو المشاع فلا موقع لخيار الرؤيه، و ان اشترى بنحو الفرد المعين الـذى يعين بعـد ذلـك فهو باطل، و على فرض صـحته لا يجرى فيه خيار الرؤيه. و لكن ان المراد اشتراء عـدد معين بنحو الكلى فى المعين و يكون المراد من الخيار خيار الحيوان.

و يرد فيما أفاده من أن عدم جريان خيار الرؤيه فى المشاع ليس على ما ينبغى فانه أى فرق بين المبيع الشخصى و المشاع.

و أما ما أفاده قدس سـره من البطلان فيما يكون البيع متعلقا بالفرد المعين فلا يبعد أن يكون نظره الى سهمه قبل التعيين لا يكون ملكا له فلا يجوز بيعه.

و أما لو كان نظره فى وجه الفساد الى عدم تعينه فيمكن أن يرد فيما أفاده بأنه معين عند اللّه فلا محذور فيه.

و أما على فرض الصحه فلا وجه لخيار الرؤيه كما فى كلامه فغير تام، فانه لا مانع من

جريان الخيار فيه.

و أما ما أفاده من امكان كون المراد بالخيار خيار الحيوان و من البيع بيع الكلى فى المعين فالظاهر أن نظره الى عدم جريان خيار الحيوان الكلى، فلا بد من التقسيم.

و فيه: أنه على فرض شمول الدليل للكلى فلا- وجه لثبوت الخيار بعد التقسيم بل يثبت من أول الامر، و لو فرض عدم شموله للكلى فلا- وجه لثبوته بعد التقسيم لأ-نه حين البيع لم يتحقق موضوع الخيار على الفرض و بعد التقسيم لم يتحقق بيع. و بعباره أخرى: ان خيار الحيوان يثبت من حين البيع، و المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۲

...

عدم شموله للمقام من حينه، فلا وجه لثبوته بعد ذلك. مضافا الى أنه لو سلم عدم شموله للكلى للانصراف يشكل شموله لما يعرضه التشخص، اذ يمكن أن يقال بانصرافه الى ما يكون متشخصا بالذات لا بالعرض.

هذا ما يرجع الى كلام الشيخ، و أما حق القول فى الروايه أن يقال: لا يبعد أن يكون المراد بطلان الاشتراء قبل التقسيم، و المراد بالخيار الخيار فى الا-شتراء الجديد بعد التقسيم لا- الخيار المصطلح. و لعل الوجه فى البطلان ان المراد بالسهم ما يخرج بعد التقسيم، و من الظاهر أنه قبل التقسيم لا يكون من له السهم مالكا لتلك الحصه المعينه.

و يحتمل أن يكون المراد من الخيار خيارا استقلاليا فى قبال بقيه الخيارات بأن يكون البيع صحيحا لكن بعد اخراج السهم و يكون المشترى بعد خروج السهم بالخيار. و لكن هذا الاحتمال بعيد، و كيف كان لا ترتبط هذه الروايه بما نحن فيه.

و منها: ما عن منهال القصاب «۱» و هذه الروايه كما ترى لا ترتبط بهذا البحث مضافا الى ضعف سندها، فالعمده صحيح جميل.

**الرابع – الشرط الارتكازى،**

و الظاهر أنه أمر عقلائى و يشمله دليل صحه الشروط. و ما يمكن أن يرد فيه و يبحث عنه قد تقدم فى الابحاث السابقه فلا نعيد.

ثم هل يختص هذا الخيار بالمشترى أو يعم البائع؟ لا شبهه فى أنه لو كان المدرك الشرط الارتكازى يعم البائع، كما أن الامر كذلك لو كان المدرك الاجماع أو حديث نفى الضرر. و أما لو كان المدرك النص فلا شبهه فى عدم شمول صحيحه جميل للبائع، و حمل كلامه عليه السلام على العموم- بدعوى أن ذكر المشترى

---

(١) الوسائل الباب (١٢) من ابواب عقد البيع الحديث ٨.



قوله: مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه (١).

من باب المثال فى كلام السائل- عهدتها على مدعيها.

**[مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه]**

**اشاره**

أقول: الظاهر عدم الفرق بين أن يكون المبيع شخصيا خارجيا أو كليا فى المعين أو كليا مشاعا، و ان المدرك لو كان هو الاجماع أو الارتكاز العقلائى أو قاعده نفى الضرر فعموم الحكم واضح، و أما لو كان المدرك النص فأيضا يفهم العرف عدم الفرق، فكما أيضا لا يفرق بين الضيعه و غيرها فكذلك لا يفرق بين المذكورات. و لا يبعد أن يكون نظر الشيخ أيضا الى ما ذكرنا. نعم لا يجرى فى الكلى فى الذمه، اذ لا يتصور فيه خيار الرؤيه كما هو ظاهر.

**ثم ان فى هذه المسأله عده اشكالات:**

**(الاول) أنهم ذكروا و اشترطوا فى صحه العقد ذكر ما يتفاوت المبيع بلحاظ ثمنه،**

فان الاوصاف الدخيله فى اختلاف الثمن لا بد من ذكرها. و أيضا اشترطوا ذكر ما يعتبر ذكره فى باب السلم، و الحال أنه فرق بين هذين الضابطين، فان الضابط فى باب السلم أوسع دائره من الضابط فى المقام، اذ التضيق فى باب السلم يوجب عزه الوجود أو تعذره، و أيضا يتعذر فى باب السلم استقصاء الصفات بخلاف ما نحن فيه، فكيف يمكن جعل كل من الامرين ضابطا للصحه فى المقام. و ادعاء الاجماع عليه مع أنه من الجمع بين المتنافيين.

و الجواب عن هـذا الاشـكال: ان مرجع الامرين الى شـى ء واحـد. و توضـيح المـدعى: ان الغرر انمـا ينشـأ من الجهل بالصـفات الـدخيله فى الرغبـات بحسب النـوع و تـوجب زيـاده القيمه و نقصانهـا. و بعبـاره أخرى: الصـفات الـدخيله فى الرغبـات الموجبه لاختلاف قيمه الاشياء على ثلاثه أقسام:

القسم الاول- ما يكون قوام الشى ء به كالبقريه و الحماريه و غيرها من المقومات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۴

...

الحقيقيه، و مثله مـا يكون مقوما عرفيا كالرجوليه و الانوثيه. و يلحق بما ذكر كل صـفه دخيله فى عمـده القيمه و يكون معتـدا به عند العقلاء ككتابه

العبد و قوته و شباب الجاريه و جمالها الى غيرها من الصفات الملحوظه عند العقلاء التى تختلف الرغبات باختلافها.

القسم الثانى- ما يكون دخيلا فى اختلاف الرغبات لكن لا بمقدار يعتد به بل بمقدار يصير غير قابل لبروز الخلاف.

القسم الثالث- ما يكون دخيلا فى الجهات الشخصيه، ككون هذا الخط خط الوالد، و المعتبر ذكره فى العقد او للاطلاع عليه من الخارج.

أما القسم الاول فانه مع الجهل به يتحقق الغرر، و أما القسم الثانى و الثالث فلا يلزم العلم بهما و لا ذكرهما، اذ لا يوجب الجهل بهما الغرر المنهى، فلا موجب لاشتراط ذكره أو العلم به. و من الظاهر أنه يعتبر فى السلم ذكر ما يكون من القسم الاول كما يعتبر فى البيع العين الحاضره، و لو فرض تعذر وجوده نلتزم بفساد البيع و لا نبالى، فلا خلاف بين الضابطين.

**(الثانى) ان الاوصاف التى يختلف بها الثمن غير محصوره خصوصا فى العبيد و الاماء،**

و الاحاله على المعظم احاله على المجهول. و أجاب المصنف بأن الميزان فى الصحه رفع الغرر العرفى الذى أخص من الغرر الشرعى.

و لا يخفى أنه ليس للغرر حقيقه شرعيه كى يكون تفاوت بين المعنى العرفى و الشرعى، لكن ما أفاده هو الميزان، فانه يلزم رفع الغرر و الخطر اما بالتوصيف و اما بالمشاهده، و لو لاه لكان البيع فاسدا لفساد الغرر فلا اشكال.

**(الثالث) انه لو كان ذكر الاوصاف بمنزله الرؤيه فلا بد فى صحه البيع من رؤيه المبيع و مشاهدته كاملا**

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۵

...

مع انهم يكتفون فى المشاهده بأقل من هذا المقدار، و الحال أن المدرك واحد و هو لزوم الغرر.

و الجواب: ان الميزان فى المشاهده و التوصيف ارتفاع الغرر، و هو يرتفع بمشاهده ما يكون دخيلا فى اختلاف الثمن. و بعباره أخرى: يكفى الاطلاع على مقدار لا يقدم العقلاء فى الاقل منه. نعم المسامحات العرفيه لا اعتبار بها كما أن المداقه غير معتبره.

**(الرابع) ان الصفات الدخليه لو لم تذكر عند البيع يبطل البيع بلحاظ لزوم الغرر،**

و ان ذكر يوجب ذكرها تقييد المبيع و وجوده غير معلوم و هذا الغرر أعظم.

و الجواب: كما عن الشيخ بأنه يرتفع الغرر بذكر الصفات و لا يكون ذكر الصفات موجبا للتقييد بل التقييد غير معقول بالنسبه

الى الجزئى الخارجى.

و ما فى كلام السيد فى الحاشيه من أنه مع حصول العلم يرتفع الغرر مع عدم حصوله لا أثر لذكر الصفات لعدم رفع الغرر، ليس على مـا ينبغى، فـان الغرر يرتفع بـذكر الاوصاف، اذ مرجع ذكر الاوصاف هو الاشتراط، و مع الاشتراط لا غرر، اذ يعلم المشترى بأنه لو لم يكن بالوصف له الخيار.

ان قلت: فمـا أثر الاـشتراط، اذ غرض المشترى أن يحصل العبـد الكاتب، و مع الاشتراط ربما لا يصل الى غرضه، فالاشـكال باق على حاله.

قلت: أو لا ننقض بما يكون البائع عادلا أو ثقه أو اخبر بكون العين متصـفه بصـفه كذائيه، فانه لا شبهه فى صحه البيع و مع ذلك لا يطمئن المشترى بوصوله الى غرضه من الاشتراء، و مجرد حجه قول البائع لا يؤثر فى غرض المشترى.

و ثانيا- عـدم وصول المشترى الى غرضه و عـدم احرازه هـذا المعنى لا يؤثر فى بطلان المعامله و صـحتها، بل الميزان فى صـحه العقد عدم المجازفه و عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى،

ج ۴، ص: ۲۸۶

...

الاقدام الخطری، و هذا المعنی یحصل بالاشتراط.

ان قلت: صحه الاشتراط تتوقف علی صحه العقد، و الحال أن صحه العقد تتوقف علی صحه الشرط فیلزم الدور.

قلت: هذا الاشکال وارد بالنسبه الی الخیارات الجعلیه الشرعیه کخیار المجلس و الحیوان، و أما بالنسبه الی الخیار العرفی فلا، بیان ذلک: ان الخیار الشرعی انما یتحقق فیما یکون العقد صحیحا، فیلزم الدور بالتقریب المتقدم، و أما الخیار العرفی الناشی من الاشتراط یوجب رفع الغرر مع قطع النظر من الشرح، و بهذا الاشتراط یدفع الغرر، و مع امتناعه لا محذور فی شمول دلیل الصحه ایاه کما هو ظاهر.

ان قلت: ان خیار الرؤیه أیضا جعل تعبدی، فیجری الاشکال.

قلت: ان الرافع للغرر هو اشتراط الارتکازی و هو موجود فی مورد البحث.

و فی کلام السید ثلاثه اشکالات فی المقام:

منها- انه لو کان الاشتراط موجبا لصحه العقد فالتقیید أیضا کذلک، فانه اما یوجب بطلان البیع أو یوجب الخیار فلا ضرر.

و منها- أنه یلزم بیع المجهول مع الاشتراط و لا یمکن الالتزام به.

و منها- أنه یلزم الجواز حتی مع عدم الاشتراط لمکان خیار المجلس مطلقا و خیار الحیوان فی خصوصه.

و یرد علیه: ان التقیید غیر قابل فی الجزئی الخارجی، و أما الصحه مع خیار المجلس ففیها أنه قد مر آنفا أن الخیار التعبدی لا یوجب الصحه، و أما بیع المجهول فکل مورد یکون الفساد من ناحیه الغرر نلتزم بالصحه بجعل الخیار، و المعیار رفع الخطر، فلو کان الخطر مرتفعا بالخیار نلتزم بالصحه، و أما لو کان الجهل مضرا فهو أمر خارج عن البحث و تابع لدلیل الاعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۸۷

...

**(الخامس) ان الشرط لا یتعلق الا بأمر غیر اختیاری،**

و ظاهر أن کتابه العبد لیست تحت اختیاره فکیف یشترط فی

ضمن العقد.

و الجواب: ان الشرط لا يتعلق بالكتابه، بل الشرط عباره عن جعل الخيار عند انكشاف عدم الكتابه، فما أفيد فى الاشكال و ان كان تاما لكن لا ينطبق على ما نحن بصدده.

**(السادس) ان العقود تابعه للقصود،**

و المفروض أن القصد متعلق بالموصوف بالوصف الكذائى، فلا بد من الالتزام بالفساد عند فقدانه لا الصحه مع الخيار، كما أن الامر كذلك فيما كان الشرط فاسدا، حيث قالوا بأنه مفسد للعقد.

و لا يقاس بمسأله تبعيض البيع من حيث الملكيه و عدمها، حيث حكموا بالصحه بالنسبه الى البعض و الفساد بالنسبه الى بعض آخر، اذ الثمن يقسط على أجزاء المبيع و لا يقسط على الشرط، فاللازم القول بالفساد أولا، و على فرض الصحه لا وجه للخيار، و لذا ذهب الأردبيلى الى أن البطلان مقتضى القاعده. و احتمل العلامه البطلان و أجاب عنه بعض. و يحتمل أن يكون صاحب الجواهر بأن الاشتباه ناش من عدم الفرق بين الوصف الكلى و الشخصى و بين الوصف الذاتى و العرضى، و ان المورد من موارد تعارض الوصف و الاشاره مقدمه.

و هذا الجواب كما أفاد الشيخ جزاف، فان بحث تعارض الوصف و الاشاره انما يكون فيما يدور الامر بين أمرين فى مقام الاثبات، كما لو قال المولى «اكرم هذا العالم» و يشير الى زيد الجاهل، فلا ندرى نأخذ بكلامه حيث يدل على وجوب اكرام العالم، أو نأخذ بمقتضى الاشاره حيث تدل على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۸

...

وجوب اكرام الجاهل المشار اليه فى الخارج، و فى المقام لا شبهه فى تعلق العقد بهذا العين الخارجيه.

هذا أولا، و ثانيا على فرض صحه ما أفاده فما الوجه فى ثبوت الخيار، اذ معنى تقديم الاشاره أن الوصف لا اعتبار به

عند الاشاره.

و الحق فى الجواب أن يقال: أولا ان الحق صحه العقد فى مورد الشرط الفاسد، و سنبين حقيقه الحال فى بحث الشرط و نقول بأن فساد الشرط لا يسرى الى العقد، فلا مجال للقول بالفساد فى المقيس عليه فكيف بالمقيس.

و ثانيا- انه لا وجه لهذا القياس، اذ فى المقام لا يكون فاسدا كما هو ظاهر.

و ملخص الكلام ان اشتراط الكتابه فى العين الخارجيه ليس تقييدا اذ لا يعقل تقييد الجزء الخارج، و لا يكون تعليقا اذ التعليق على الصفه العرضيه يبطل البيع، بل معنى الاشتراط كما ذكرنا آنفا عباره عن جعل الخيار عند عدم الوصف، و لا شبهه فى أن العقد مع الخيار يخرج عن كونه غرريا فيصح و يثبت الخيار، فلا وجه للبطلان، كما أنه لا وجه للصحه بلا خيار بل القاعده تقتضى الصحه مع الخيار.

ثم ان المشهور فيما بين القوم التخيير بين الرد و الا مساك مجانا، و نسب الى ابن ادريس أن له الخيار بين الرد و الامساك بالارش.

و ربما يقال فى وجهه: بأن الضرر يرتفع بكل من الامرين فله الخيار بين الامرين.

و فيه: أولا ان حديث لا ضرر ليس مدركا للخيار كما مر مفصلا. و ثانيا على فرض كونه مدركا انما يقتضى عدم لزوم العقد لا جواز استرداد الارش، حيث أن القاعده لا تقتضى ثبوت أمر بل مقتضاها النفى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۸۹

قوله: مسأله الاكثر على ان خيار الرؤيه فورى (۱).

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا (۲).

و الحق ما عليه المشهور، فان الوصف لو كان وصفا عرضيا يكون الخيار بين الرد و الارش بمقتضى دليل خيار العيب لا خيار الرؤيه، و أما لو لم يكن كذلك

فلا دليل لثبوت الارش، بل الثابت بمقتضى خيار الشرط و النص الخاص جواز الرد أو الامساك مجانا. ثم ان تشخيص الوصف الذاتى الذى يدور عليه صحه العقد و بطلانه و العرضى الذى يكون مدارا للخيار هو العرف.

### [مسأله الأكثر على أن خيار الرؤيه فورى]

أقول: ذهب الاكثر الى أن خيار الرؤيه فورى، بل عن ظاهر التذكره عدم الخلاف بين المسلمين الامن احمد.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان دليل الخيار لو كان هو الاجماع لا يدل الاعلى المقدار المتيقن و فى الزائد منه يرجع الى عموم وجوب الوفاء، و لا مجال للاستصحاب مع وجود الاماره، مضافا الى أنه شك فى المقتضى، و لا يجرى عند من يشترط فى جريانه احراز المقتضى و معارضته بأصاله عدم الجعل. و أما لو كان المدرك دليل لا ضرر فمع بقاء الضرر يبقى الخيار ببقاء موضوعه، و مع انتفائه فى الان الثانى لا مقتضى لبقائه. و أما لو كان المدرك النص- كما هو الحق- فمقتضى اطلاقه بقاء الخيار الى الاخر، كما أن مقتضى الشرط الارتكازى كذلك.

و لا مجال أن يقال: ان المستفاد من النص محدوديه الخيار بزمان الرؤيه فكما ان الخيار فى خيار المجلس محدود بالرؤيه، فكذلك فى المقام محدود بزمان الرؤيه، فان هذا التعريف فاسد و مناف لإطلاق الدليل فلاحظ. فالحق كما أفاده الاستاذ فى منهاجه بأن الاقرب هو التراخى.

### [مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا]

أفاد الشيخ بأنه يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا. و لا يخفى أن



...

ما أفاده مبنى على كون هذا الخيار فوريا، و عليه يكون اطلاق المسقط عليه بالمسامحه، اذ بقاء ينتهى أمده لا انه يسقط، مضافا الى أنه قد مر آنفا ان الحق انه ليس فوريا و يسقط بالاسقاط بعد الرؤيه.

و هذا لا شبهه فيه، و هل يسقط بالتصرف بعدها أم لا، قد مر أن التصرف بما هو تصرف ليس مسقطا على القاعده، و لا بد من قيام دليل خاص عليه. نعم لو قصد به الاسقاط يسقط،

فانه يسقط بكل ما يكون مسقطا خارجا و لو بمعونه القرينه. و لو تصرف فيها قبل الرؤيه فأفاد الشيخ بأن فيه وجوها ثلاثه:

الاول- انه مسقط مطلقا. و الوجه فيه أن التصرف مسقط تعبدى، و استفيد هذا المعنى من أدله سقوط خيار الحيوان بالتصرف.

و فيه: انه قد مر أن الدليل يختص بمورده، و لا وجه للتعدى مضافا الى أن الخيار لو حدث بعد الرؤيه، فلا موضوع له قبلها.

الثانى- ان التصرف لا يكون كاشفا، فلا يكون مسقطا مطلقا.

و فيه: ان الاشكال لو كان بهذا المقدار يمكن دفعه بأن النص ربما يكون كاشفا.

الثالث- ما فى المتن من الابتناء على جواز الاسقاط قبل الرؤيه. و هذا هو الحق، و هل يجوز اسقاطه قبل الرؤيه أم لا؟ لو قلنا بأن مدرك الخيار الشرط الارتكازى فلا مانع من الاسقاط قبل الرؤيه، لان الخيار موجود بالشرط قبلها، بل يجوز حتى على القول بثبوته بعدها، لما مر منا أنه بالشرط يثبت حق للشارط، و له أن يسقط عقد الشرطى.

و أما لو قلنا بأن المدرك النص فلا يبعد أن يقال: بأن المستفاد منه ثبوت الخيار قبلها. بتقريب أن تناسب الحكم و الموضوع يقتضى ثبوته، و ذلك لان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۱

...

المنشأ للخيار عدم الرؤيه و هو سبب للخيار و الرؤيه المتأخره طريق اليه، و لذا نلتزم بثبوته الواقعى و لو مع عدم الرؤيه.

و أما لو نوقش فى هذا التقريب و فيل بأنه خلاف ظاهر الدليل و لا أقل من الاجمال، فيشكل الاسقاط لا من باب أنه اسقاط ما لم يجب، فإنه قد مر بأنه لا ضير فيه، بل لعدم دليل صالح يقتضى جواز اسقاطه قبل أو ان تحققه. و كل ذلك قد

مر فى المباحثه المتقدمه.

ثم أنه هل يجوز اسقاط هذا الخيار فى ضمن العقد؟ الاقوال فى المسأله ثلاثه:

الاول- ان هذا الشرط فاسد و مفسد للعقد، هذا القول منسوب الى العلامه و جماعه.

الثاني- ان كليهما صحيح، و هذا القول منسوب الى النهايه و بعض.

الثالث- ان الشرط فاسد و العقد صحيح.

و استدل على القول الاول: بأن اشتراط السقوط فى ضمن العقد يوجب غرريه العقد فيبطل العقد و الشرط، و لا بد فى المقام من التفصيل بأن نقول: ان الغرر قد يرتفع بغير اشتراط الخيار، كما لو علم بوصف المبيع أو قام عليه بينه شرعيه، فلا يكون اسقاط الخيار موجبا للغرر، و أما لو كان طريق رفع الغرر بالاشتراط فالحق كما أفيد.

ان قلت: ان الخيار حكم شرعى و لا يرفع به الغرر و الا لكان بيع كل مجهول جائزا بالخيار.

قلت: لا- منافاه بين كونه صحيحا شرعيا و بين كونه رافعا للغرر، اذ الحكم بالخيار فيما يشترط الخيار ليس حكما تأسيسيا بل حكما امضائيا مع قطع النظر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۲

...

عن الحكم الشرعى.

و أما ما أفيد فى الاشكال: من انه يلزم جواز بيع كل مجهول مع جعل الخيار فقد مر الجواب عنه و قلنا لا نبالى بما ذكر، فان كل مجهول يوجب الغرر، و كان وجه فساده من ناحيه الغرر نلتزم بأنه يرتفع بجعل الخيار.

فانقدح أنه لا يجوز اشتراط سقوط الخيار من جهه استلزامه الغرر، و أما من ناحيه اسقاط ما لم يجب فلا يتوجه الاشكال، لان مرجع سقوط الخيار الى عدم الاشتراط. نعم بالنسبه الى الخيار الشرعى التعبدى المستفاد من النص فاشكال اسقاط ما لم يجب يجرى فيه، و قد مر أنه ليس فيه اشكال من ناحيه

التعليق لكن الاشكال فيه من ناحيه عدم الدليل على اسقاطه قبل أوانه بحاله، فانه لا دليل على جواز اسقاط كل حق فى كل زمان حتى قبل ظرف ذلك الحق.

فانقدح بما ذكرنا: ان الحق بطلان العقد و الشرط. و أما القول بصحه العقد و الشرط بدعوى أن الخيار لا يؤثر فى صحه العقد فلا- وجه لبطلانه باشتراط سقوطه فالعقد صحيح، و حيث أنه يجوز اشتراط سقوط الخيار- لان لكل ذى حق اسقاط حقه- فالشرط صحيح أيضا.

فيرد فيه: ان صحه العقد ربما تتوقف على جعل الخيار كما بينا، و على فرض صحه العقد لا وجه لصحه الشرط لعدم المقتضى كما ذكره.

و أيضا ظهر أن ما أفيد من صحه العقد و فساد الشرط غير تام بالنسبه الى صحه العقد، و أما بالنسبه الى فساد الشرط فالحق كما أفيد، اذ الكلام فى المقتضى فانه لم يثبت أن ذا الحق يمكنه شرعا اسقاط الحق قبل أوان الحق.

ان قلت: كيف يكون اشتراط سقوط الخيار موجبا للبطلان و الحال أن التبرى من العيوب لا يوجب فساد العقد، و الحال أن الغرر الحاصل بالعيب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۳

قوله: مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين. (۱)

أعظم من الغرر الناشئ من صفه الكمال.

قلت: أولا- التبرى من العيوب انما يجوز فيما تكون الاماره المعتبره على الصحه بحيث ينسد باب احتمال الغرر و الخطر. و ثانيا على فرض تسلمه نقول:

مقتضى القاعده هو الفساد فى كلا الموردين، غايه الامر بواسطه دلاله الدليل نرفع اليد فى مورد التبرى و نلتزم بالصحه، اذ ليس الحكم بالفساد حكما عقليا غير قابل لان يخصص، و الحكم بالفساد فى غير ذلك المورد و ليس هذا بعزيز.

## [مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

أقول: لا- يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و بتبديل المبيع بغيره، فانه لا وجه لسقوطه، أعم من أن يكون المدرك له الشرط الارتكازى أو النص الخاص و الوجه فيه ظاهر.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه لو شرط الابدال فى صوره ظهور المبيع على خلاف الوصف، ففى الدروس الاقرب الفساد.

لا يخفى ان اشتراط الابدال اما يكون بنحو شرط الفعل و اما يكون بنحو شرط النتيجه، أما على الاول فالظاهر أنه لا مانع منه، فان الابدال أمر جائز و يلزم بالشرط و لو امتنع منه يجبر من قبل الحاكم، بل يجوز له أن يتصدى له لأنه ولى الممتنع، و على فرض عدم امكان الاجبار و التصدى مباشره يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط فلا موجب للفساد لا من ناحيه الغرر كما هو ظاهر و لا من ناحيه الشرط. و الحاصل ان شرط الابدال مرجعه الى اشتراط عقد جديد واقع بين البائع و المشترى، و واضح أنه لا اشكال فيه. و هذا يتصور بنحوين: أحدهما تبديل المبيع بعين أخرى، ثانيهما تبديل الثمن بثمن آخر أقل. و كلاهما جائزان بلا اشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۴

...

و أما على الثانى فيشكل بأن شرط النتيجه ان كان معناه حصول المبادله عند ظهور الخلاف بلا سبب و بنفسه فلا دليل على صحته بل الدليل قائم على فساده لان الشرط يلزم أن يتعلق بأمر جائز شرعا، و التبديل بغير السبب غير شرعى، و ان كان معناه جعل التبديل فعلا بنحو التعليق فأيضا غير جائز، اذ التعليق فى المعاوضه أمر فاسد شرعا.

لا يقال: لا اشكال فى التعليق اذا وقع فى حيز الشرط.

فانه يقال: الشرط غير شرعى، و لا بد أن يكون المتعلق للشرط أمرا جائزا

فى حد نفسه فيلزم بالشرط، و المفروض أن المعاوضه التعليقيه أمر غير جائز.

هـذا كله فيما يكون المقصود تبديل العين بعين أخرى، و ان كان المقصود تبديل الثمن مرجعه الى انفساخ المعامله و إنشاء عقد جديد و يكون الاشكال فى هذا الفرض أوضح و أقوى كما هو ظاهر.

و بما ذكرنا ظهر أن ما أفاده الاستاذ دام ظله فى المقام كما فى التقرير ليس على ما ينبغى، فانه أفاد فى المقام ان الاشكال المتصور فى المقام ثلاثه:

الاول- اشكال التعليق. و حيث ان المدرك هو الاجماع فلا يشمل المقام.

الثانى- ان العقد و التبديل كيف يمكن أن يتحقق بالشرط. و فيه ان التعويض ليس من الامور التى يكون له سبب خاص كالطلاق.

الثالث- لزوم الغرر. و فيه أنه لا غرر من ناحيه هذا الشرط و قد ظهر بما قدمناه ان الاشكال من ناحيه أخرى، و هو أن الشرط لا يكون شرعا. و أيضا ظهر بما ذكرنا فساد ما أفاده السيد من أن هذا التعويض ليس مبيعا كى يشترط.

و أما المقام الثانى و هو شرط الابدال فهو أيضا اما أن يكون بنحو شرط



...

الفعل و اما أن يكون بنحو شرط النتيجه، فالصور أربع:

(الصوره الاولى) أن يشترط المشترى على البائع بأنه لو ظهر المبيع على خلاف الوصف يبدل العين بغيرها. و الظاهر أنه لا اشكال فيه من أى ناحيه، فان المعاوضه أمر جائز وضعا و تكليفا و يلزم بالشرط.

(الصوره الثانيه) أن يشترط المشترى على البائع ابدال الثمن بغيره، و معناه أنه اذا استقاله المشترى يقيله و يعاوض معه معاوضه جديده. و هذا أيضا لا اشكال فيه من ناحيه كما هو ظاهر.

(الصوره الثالثه) أن يشترط المشترى على البائع

ابدال العین بغیرها بنحو شرط النتیجه، و ما یتصور فیه من الاشکال امور: الاول انه تعلیق اذ مرجعه الی تعلیق العقد علی ظهور الخلاف مثلا کالوجوب المشروط فی التکلیفیات و کالوضیعه التملیکیه فی الوضعیات. و یذب هذا الاشکال بأن اشکال التعلیق فی العقود لیس الا من ناحیه الاجماع، و فیما یکون بنحو الاشتراط فی ضمن العقد لا یکون مشمولا للإجماع ان لم یکن خلافه مجمعا علیه. نعم قد علم من الشرع أنه لا یجوز فی بعض العقود تعلیق مفاد العقد علی أمر استقبالی، کالزوجیه مثلا فانه لا یجوز تزویج المرأه من الشهر الآتی و أما مثل البیع فلا.

الثانی- انه کیف یمکن ایجاب العقد بالشرط. و یذب أیضا هذا الاشکال بأن بعض العقود و الایقاعات مرهونه فی مقام الانشاء بمبرز خاص کالطلاق مثلا- فانه لا یتحقق بکل مبرز و لا بکل لفظ، و أما جمیع العقود فلیس الامر فیها کذلک. نعم لو قلنا بأن البیع یحتاج الی مبرز خاص و لفظ مخصوص یشکل الامر.

ان قلت: هذا لیس بیعا بل معاوضه مستقله کما فی حاشیه السید، و التعویض

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۲۹۶

...

بغیر العناوین الخاصه لا یحتاج الی لفظ خاص.

قلت: لا نتصور هذا المعنی و لا دلیل علی صحه هذا المدعی، فان مقتضی قوله تعالی «لٰا تَأْکُلُوا» الی قوله «إِلّٰا أَنْ تَکُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ» ان تملک مال الغیر لا یجوز الا بالتجاره، و قد ذکرنا فی بعض الابحاث المتقدمه ان التجاره اما تکون عباره عن البیع و اما تکون مجمله، و علی کلا التقدیرین شمولها لغیر البیع اما ممنوع و أما مشکوک فیه. و مما ذکرنا ظهر الاشکال فی مقاله السید، و هذا الذی ذکرنا

موضوع أساسى تترتب عليه آثار.

الثالث- انه يوجب الغرر. و فيه انه لا- وجه للغرريه، فانه لو لم يكن رافعا للغرر لا يكون غررا، اما بالنسبه الى المشترى فانه يعلم بأن المبيع اما كاتب و اما غير كاتب، أما على الاول فيدخل الكاتب فى ملكه، و أما على الثانى فيعلم بأنه يدخل فى مقابل غير الكاتب فى ملكه عبد كاتب، و أما بالنسبه الى البائع فانه مع جهله بالموضوع يكون المعامله غرريه بالنسبه اليه من الاول، و ان لم يكن جاهلا- فهذا الشرط لا- يوجب غررا بالنسبه اليه، بل يمكن أن يتصور عدم الغرر بالنسبه اليه حتى مع الجهل، بأن يعلم أن المقدار المأخوذ من الثمن يرى العبد الكاتب فيعلم بأنه لا خطر عليه على كل تقدير.

(الصوره الرابعه) أن يشترط المشترى على البائع بنحو الشرط النتيجه بتبديل الثمن بغيره، و مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط الانفساخ عند ظهور الخلاف و معامله أخرى.

و الاشكالات المتصوره فى الصوره المتقدمه جاريه فى المقام مع اجوبتها.

و لسيدنا الاستاذ اشكال فى المقام من ناحيه أخرى، و هى: ان لازم الفسخ فى ضمن العقد احد الامرين و كلاهما باطلان: احدهما التناقض، ثانيهما تحديد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۷

...

الملكيه فى البيع. بيان ذلك: ان الفسخ فى ضمن العقد رفع للملكيه، فلو قصد البيع بماله من المعنى العرفى- أى الملكيه الدائمه- يكون الفسخ مناقضا له و لو قصد التمليك الى حين الفسخ يكون خلاف معنى البيع. نعم لا مانع من الفسخ فى ضمن عقد آخر. هذا ملخص اشكاله، و فى كلامه مواضع للنظر:

الاول- انه لا فرق من هذه الجهه بين أن يكون شرط الفسخ فى ضمن هذا العقد و بين أن يكون فى

ضمن غيره من العقود، فلو باع بنفسه داره من زيد و فى ذلك الوقت شرط و كيله انفساخ هذا البيع فى ضمن عقد أوقعه مع وكيل المشترى يجرى الاشكال بعينه بلا فرق.

الثانى- ان ما أفاده ينافى ما أفاده فى حقيقه جعل الخيار، حيث قال: معنى جعل الخيار للبيع. الى قوله: فسخت فانه يستلزم التحديد فى التمليك.

الثالث- و هى العمده انه تاره يوقع البيع و فى ذلك الزمان يفسخ بحيث يقارن زمان الملكيه و الانفساخ، و أخرى يكون زمان الانفساخ متأخرا عن زمان البيع. أما على الاول فلا يمكن، اذ معناه الجمع بين المتناقضين، و اما لو كان زمان الانفساخ متأخرا عن الملكيه الحاصله من البيع فلا يتوجه محذور، اذ الفسخ معناه رفع الملكيه الثابته، و لا منافاه بين الامرين عند التأمل.

ثم ان فى المقام كلاما لصاحب الحدائق فى الرد على الشهيد، حيث أن الشهيد أفاد بأنه لو شرط الابدال يكون الشرط فاسدا فيكون مفسدا. فأورد عليه فى الحدائق: بأنه لا وجه لحكمه بالفساد مطلقا، بل فيما ظهر المبيع موصوفا يصح لدلاله الاخبار على الصحه، و أما فى صوره الخلاف يفسد لفساد الشرط اذ مقتضى الاخبار ثبوت الخيار و اشتراط سقوطه يكون فاسدا لمخالفته مع السنه و مع فساده يكون مفسدا للعقد. و شرط الابدال لا يكون جابرا لظهور مخالفته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۸

...

المبيع الوصف، اذ المفروض أنه شرط سقوط الخيار. و هذا الشرط مخالف للنص الدال على الخيار، فيكون فاسدا فيكون مفسدا.

و لا يخفى أن ما أفاده الشهيد من البطلان معللا بكونه غررا و تكليفا و ليس للإبدال سبب الا الشرط الضمنى و الحال أن الابدال له سبب خاص، فقد مر الجواب عنه.

و

أما صاحب الحدائق فان كان ناظرا الى أن العقد صحيح، مع ظهور الوصف لان المعلق عليه موجود، ففيه أنه يلزم التعليق فى البيع، و هو باطل، مضافا الى أنه فى صوره الخلاف يلزم البطلان لانتفاء المعلق عليه، و الحال أن ظاهر كلامه تعليل الفساد بفساد الشرط. و ان كان من جهه فساد الشرط و ناظرا بأن شرط الفاسد مفسد، فيرد عليه أن الشرط الفاسد اذا كان مفسدا لا يفرق فيه بين حصول ما عليه الشرط و بين غيره، مضافا الى ان اشتراط الاسقاط ليس مخالفا للسنه.

و أما فى كلام الاستاذ من أن حق الخيار حق قابل للإسقاط. ففيه ان الاشكال من ناحيه أن اسقاطه قبل أوان وقته بحاله، كما أن ما أفاده من أن شرط سقوط الخيار منصوص، فقد مر أن النص «١» مخصوص بمورده و لا وجه للتعدى.

و الحاصل: ما أفاده الشهيد لوجه بطلان الشرط فقد مر الجواب عنه، و قلنا:

ان شيئا من المذكورات لا يكون موجبا للفساد.

و أما ما أفاده صاحب الحدائق فان كان نظره فى الحكم بالصحه فى صوره وجود الوصف تحقق المعلق عليه، فيرد عليه أن التعليق يوجب البطلان مضافا الى أن لازمه بطلان العقد فى صوره الفقدان. و ان كان نظره الى كون الشرط الفاسد مفسدا، فمضافا الى أنه ليس تاما فى حد نفسه، يرد عليه أن الشرط الفاسد على القول بالافساد يكون مفسدا مطلقا، و لا يختلف باختلاف التقادير و لا

---

(١) الوسائل الباب (١١) من ابواب المكاتبه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۲۹۹

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه (١).

يفرق بين الصوره. مثلا لو اشترط فى ضمن العقد شرب الخمر على تقدير

مجی ء زید، یکون هذا الشرط مفسدا للعقد أعم من مجی ء زید و عدمه.

و أیضا یرد علیه: ان کون الشرط فاسدا مبنی علی کون المدرک النص، و أما عند من یکون المدرک للخیار الشرط الارتکازی فلا یتم البیان. فلاحظ.

أضف الی ذلک کله أن شرط الابدال شرط لفسخ العقد، فأی تناف بینه و بین الخیار، بل مؤکد للخیار فان الفسخ بعد العقد من آثار الخیار لا من آثار عدمه.

و أما ما أفاده الاستاذ من أن اسقاط الخیار أمر جائز فلا یکون خلافا للسنه.

ففیه أن الکلام فی المقتضی، اذ قبل أوانه لا دلیل لصحه الاسقاط. اللهم الا أن لا یکون نظر صاحب الحدائق الی هذا الوجه.

و أما ما أفاده من أنه منصوص، ففیه ان النص مخصوص بمورده.

ثم ان اشتراط تبدیل الثمن یمکن أن یکون المراد منه تبدیله بأقل منه، و قد ظهر الوجه فی صحته و ما یتوجه علیه و ما یجاب به مما ذکرنا فلا وجه للإعاده.

**[مسأله الظاهر ثبوت خیار الرؤیه فی کل عقد واقع علی عین شخصیه موصوفه]**

أقول: هل خیار الرؤیه یختص بالبیع أو یجری فی غیره من العقود أیضا؟ أفاد الشیخ قدس سره بأن الظاهر ثبوته فی کل عقد، لأنه مع ظهور الخلاف اما یحکم بالبطلان کما علیه الشهید و اما یحکم بالصحه بلا خیار، لکن الاول خلاف طریقه الفقهاء و الثانی لا مقتضی له، لان عدم الوفاء عند عدم الوصف لا یکون علی خلاف وجوب الوفاء، فلا مقتضی لوجوب الوفاء.

و فیه: انه لیس دلیل وجوب الوفاء منحصرا بآیه «أَوْفُوا»، بل مقتضی الاستصحاب بقاء الملکیه عند الشک فی صحه الفسخ. مضافا الی أن الظاهر من

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۰۰

قوله: لو اختلفا فقال البائع لم یختلف صفه و قال المشتری قد اختلف (۱).

قوله: لو نسج

بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأول بطل (٢).

كلامه أن العقد معلق على الوصف.

و فيه: انه يلزم البطلان للتعليق، مضافا الى أن لازمه عند ظهور الخلاف البطلان لا الصحه مع الخيار.

و الحق أن يقال: ان المدرك للخيار لو كان هو النص الخاص فلا وجه لثبوته فى غير البيع لعدم المقتضى، و حيث أن النص مدرك كما مر فلا مجال لتسريته من هذه الجهه، لكن الذى يهون الخطب أن الشرط الارتكازى موجود فى كليه الموارد فالخيار موجود.

**[لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشترى قد اختلف]**

اقول: الظاهر أن القول قول البائع، اذ المشترى يعترف بأن العقد وقع على العين الشخصيه الخارجيه و يدعى الخيار، و الاصل عدمه.

و لا فرق بين أن يكون الاختلاف بينهما بين أن يدعى المشترى أنى اشتريت العبد على أن يكون كاتبا و بين أن يدعى انى اشتريت العبد الكاتب، بأن يقال فى الاول القول قول البائع و فى الثانى القول قول المشترى، بتقريب أن البيع فى الثانى مركزه المقيد فالاختلاف بينهما فى المبيع، و الاصل عدم وقوعه على غير المقيد. و لا يعارضه أصاله عدم وقوعه على المقيد، لأنه لا يثبت وقوعه على المطلق الا على نحو الاثبات، فان هذا البيان و الفرق فاسد، اذ لا شبهه فى وقوع البيع على العين الشخصيه باعتراف المشترى، و الكلام فى أمر زائد و الاصل عدمه.

**[لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأول بطل]**

أقول: نسب الى المبسوط و العلامه و جمله من الاعلام، و استدل على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۱

قوله: السابع خيار العيب (١).

المنع بأن بعض المبيع حاضر و بعضه فى الذمه مجهول.

و لتوضيح الحال ينبغى ذكر الاقسام المتصوره و بيان الحال فيها، فنقول:

تاره يبيع ما يكون بعضه منسوخا بعنوان المنسوخ و البيع يقع على المنسوج الخارجى- أى ما ينسج بعد ذلك- فربما يقال بأنه باطل من جهه أنه معدوم، لكن يمكن أن يقال بأن البيع أمر اعتبارى و الملكيه قابله لان تتعلق بأمر يوجد بعد ذلك، لكن حيث أن المنسوجه صوره نوعيه عرفيه و البيع يقع على الصوره النوعيه العرفيه فلا يصح البيع لأنه داخل فى بيع ما ليس عنده.

و أخرى يبيع المنسوج و غير المنسوج و يشترط نسج الباقى على عنوان الاول، فالبيع صحيح. و فى صوره عدم النسج يثبت

للمشترى خيار تخلف

الوصف و الشرط.

و ثالثه يبيع مع المنسوج الشخصى مقدارا كليا على أن ينسجه على هذا المنوال، فلو لم ينسجه يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط.

و رابعه يبيع مقدارا شخصيا منسوجا مع مقدار كلى منسوج على هذا المنوال. ففى هذه الصوره لو لم ينسجه فقد أفاد الشيخ بأن للمشترى خيار تبعض الصفقه، و الحال أنه ليس الامر كذلك، بل للمشترى أن يطالبه بتسليم ما اشتراه منه، و مع التعذر يثبت له خيار التخلف.

## [القسم السابع خيار العيب]

### اشاره

أقول: أفاد الشيخ بأن اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامه العين، و انما ترك اشتراطه صريحا اعتمادا على أصاله السلامه. لا يخفى أن الغرض النوعى من المعامله التحفظ على الماليه، و من الظاهر أن وصف الصحه من أهم ما يختلف به ماليه الشى ء، فعليه لو بيع عين مع الشك فى صحته و عيبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۲

...

يكون البيع باطلا لكونه غرريا.

و ربما يتمسك فى رفع هذا الاشكال بأصاله السلامه كما فى كلام الشيخ، و لا بد من أن يتأمل فى هذا الوجه، فانه ان كان المراد منها الاستصحاب ففيه أن الاستصحاب و ان كان من الامارات لكن لا يكون مثبتا، و حيث ان الاثر يترتب على احراز عدم الخطر و الاستصحاب لا يوجب رفع الشك النفسانى، فالغرر بحاله.

و أما فى كلام الاستاذ بأنه يمكن أن العين وجدت من أول الامر معيبا فلا مجال لاستصحاب الصحه. فيرد فيه ان استصحاب عدم كونه معيوبا بالعدم الازلى لا مانع منه، الا أن يقال لا بد من احراز الصحه و لا يثبت الصحه بعدم العيب. فلاحظ.

و ربما يتمسك بالغلبه، و فيه أنه على فرض التسليم لا يورث الا الظن الذى لا يغنى من الحق شيئا.

و

ربما يتمسك ببناء العقلاء، و لكن الظاهر أنه ليس بناء منهم بحيث مع قطع النظر عن العلم الخارجى أو الاطمينان أو الشرط الارتكازى يكون لهم بناء على هذا الامر، و لا أقل من الشك فلا يثبت، فعليه نقول: المراد بالاصل المذكور الظاهر أنه عباره عن الارتكاز و الاشتراط. و قد مر أن هذا الشرط رافع للغرر.

و الحاصل ان البائع لو لم يتبرأ من العيب و لم يقيد المبيع بالعيب فالاطلاق يقتضى أن يكون صحيحا، فليس المراد من الاطلاق عدم التقييد بالصحيح كى يقال عدم التقييد بالصحه لا يقتضى الصحه.

و أيضا لا يتوجه الايراد بأنه لو كان هذا الانصراف صحيحا و تماما فلما ذا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۳

قوله: مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و اخذ الارش (۱).

لا ـ يلتزمون به فى الايمان و النذور، فانهم يكتفون بالفرد المعيب. و أيضا لا يتوجه الايراد بأن الجزء الحقيقى غير قابل للتقييد، كما أن الايراد بأن مقتضاه البطلان مع فقدان صفه الصحه، فان هذه الاشكالات كلها مرتفعه.

ثم ان اشتراط الصحه فى متن العقد يوجب تأكيد خيار العيب أو يكون موجبا لثبوت خيار آخر غير خيار العيب. أفاد الشيخ تبعا لتصريح جماعه فى كلامهم أنه تأكيد لا تأسيس، و جعل ما رواه «۱» يونس مؤيدا لما أفاده و اختاره حيث استظهر من الروايه أن الخيار هو خيار العيب و ان اشترط بكاره الامه.

**[مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و أخذ الأرش]**

**اشاره**

أقول: لا شبهه فى أن ظهور العيب فى السلعه يوجب جوار الرد و أخذ الارش فى الجمله بمقتضى الاجماع و الاخبار الوارده فى الابواب المتفرقه.

انما الاشكال فى أن جواز أخذ الارش فى عرض جواز الرد بحيث يكون ذو الخيار مخيرا بين

أحد الامرين أو يختص أخذ الارش بمن لا يكون له الرد فلا يكون أخذ الارش فى عرض جواز الرد.

**و ما يمكن أن يستدل به على التخيير بين الامرين أمور:**

**(منها) ما عن الفقه الرضوى «۲»:**

فان خرج فى السلعه عيب و علم المشترى فالخيار له ان شاء رد و ان شاء اخذه اورد عليه بالقيمه ارش العيب. باحتمال زياده الهمزه و يكون العطف بالواو، فتدل الروايه على التخيير بين الامرين.

و فيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، بل لم يعلم كون هذا الكتاب كتاب روايه. و ثانيا انه لا دليل على زياده الهمزه.

---

(۱) المستدرک الباب ۱۲ من ابواب الخيار الا فيما يكون المردود من عين الثمن.

(۲) الوسائل ج ۱۲ الباب ۶ من ابواب احکام العيوب الحديث ۱.



**(و منها) أن يقال بأن أخبار الرد مطلقه بالنسبه الى تمام الثمن المنطبق على الفسخ و الى رد جزء منه المنطبق على أخذ الارش.**

و يرد فيه: أولا- ان هذا خلاف ظاهر أخبار الرد، فان ظاهرها رد تمام الثمن.

و ثانيا- ان هذا البيان يتم لو كان الرد فى الارش من عين الثمن، و الحال أنه ليس الرد من العين لازما و لا يصدق الرد.

و ثالثا- مال من الروايات على التفكيک بين الرد و الارش، بأنه لو كان الشى ء قائما بعينه يرى و ان كان غير قائم بعينه يأخذ الارش، فان القسمه قاطع للشركه، و من تلک الروايات ما روى عن احدهما الى أن قال: ان كان الشى ء قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خط أو صبغ يرجع بنقصان العيب. و لكن الروايه مرسله فغير قابله للاستناد.

**(و منها) ان الخيار معلول للعيب،**

فلو كان المبيع معيبا يثبت للمشترى الخيار بين الامرين، و لكن حيث أن حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف فيبقى الخيار بالنسبه الى الارش. و هذا التقريب و ان كان ممكنا ثبوتا و لكن لا دليل عليه اثباتا.

**(و منها) أن المستفاد من الروايات أن الارش يثبت بالتصرف،**

أعم من أن يكون التصرف قبل العلم بالعيب و بعده، و العرف يستبعد أن يكون الوطى مثلا موجبا لثبوت حق آخر.

و بعباره أخرى: مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى أن يكون حق الرد عرض أخذ الارش، غايه الامر بالتصرف يسقط الاول و بقى الثانى، و الا يلزم أن يكون الزام الارش متوقفا على اختيار ذى الخيار، بأن يطالب من عليه الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۵

قوله: ثم ان فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن (۱).

بالارش و بعد اعتذاره بعدم وقوع التصرف يلزم بالارش و فيه ان هذا مجرد استحسان.

**[ثم إن فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن]**

أقول: لا يبعد أن يقال بأن المتفاهم عند العرف أن الميزان بنفس العيب و العلم و الظهور طريق، فانه وقع فى جمله النصوص، و ظاهرها يقتضى دوران الخيار مداره، لكن العلم ليس كبقيه القيود بحيث يفهم منه الموضوعيه بل الظاهر بحسب الفهم العرفى الطريقيه. هذا فيما يكون المدرك لهذا الخيار النص، و أما على تقدير كون المدرك الشرط الارتكازى فالامر أوضح. هذا أولا و ثانيا يمكن أن يستدل للمدعى ببعض نصوص الباب، منها ما رواه ابن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال على عليه السلام: لا يرد الجاريه التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «۱».

و أيضا ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان على بن الحسين عليه السلام لا يرد الجاريه التى ليست بحبلى اذا وطئها و كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها «۲».

و ما رواه محمد بن ميسر عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: كان على عليه السلام لا يرد

الجاريه بعيب اذا وطئت و لكن يرجع بقيمه العيب ... «۳».

فان المستفاد من هذه الروايات أن الميزان بنفس العيب.

و أما ما فى كلام الاستاذ دام ظله من أنه يفهم من هذه الطائفه الاطلاق- أى عدم الفرق بين قبل الظهور و بعده- و أنه فى قوه أن يقال: ان المعيب يرد قبل الوطء و يؤخذ الارش له بعد الوطء، و لا وجه للتقييد بما قيد بالعلم و الظهور لان حمل المطلق على المقيد فى المثبتين على خلاف القاعده. مخدوش بأن

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من ابواب احكام العيوب الحديث ۱.

(۲) نفس المصدر، الحديث ۵.

(۳) المصدر السابق، الحديث ۸.



...

المستفاد من الروايه أنه عليه السلام كان يأخذ الارش فى صوره الوطء، و من الظاهر أن أخذ الارش كان فيما لو ظهر العيب فلا موضوع للإطلاق.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من التأييد للمدعى بأن حق مطالبه الارش لا معنى له بظهور العيب بل يثبت بنفس العيب. مدفوع أيضا بأنه لا مانع من ثبوت الارش بعد ظهور العيب كالرد، فان الارش ليس إلا غرامه و تداركا و ليس واقعا فى مقابل مقدار من العين.

و هل يمكن الاستدلال للمدعى بالإجماع و النص على جواز التبرى فى ضمن العقد كما فى كلام الشيخ قدس سره أم لا؟ الظاهر هو الثانى، أما الاجماع فلا أثر له كما مر مرارا، و أما النص فالمستفاد منه جواز التبرى فى ضمن العقد و تتعبد به بمقدار دلالته و الكلام فى المقام فى ثبوت الخيار بوجود العيب الواقعى و المستفاد من النص ليس الا التبرى قبل تماميه العقد، و الكلام فى المقام فيما بعد العقد. و ملخص الكلام

انه حكم خاص تعبدى فى مورد خاص، و لا فرق فيه بين الثبوت قبل الظهور و بعده و على كلا التقديرين اسقاط لما لم يجب.

و مما يدل على المقصود النصوص الوارده فى جواز رد المملوك من أحداث السنه «۱».

ثم ان المصنف أفاد بأنه لو لم يستفد من النص أحد الامرين لا بد من الرجوع الى القواعد، لكن لم يذكر ما هو مقتضى القاعده. و الظاهر أن مقتضى القاعده عدم الثبوت الا بعد الظهور و ذلك لاقتضاء وجوب الوفاء و القدر الخارج بعد الظهور. و أيضا مقتضى الاستصحاب عدم تأثير الرد قبل الظهور.

و الحاصل أن ما يمكن أن يكون وجها لثبوت الخيار قبل العلم أمور:

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) باب ۲ من أبواب أحكام العيوب.



قوله: ثم انه لا فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثمن (۱).

الاول- ان ظهور العيب بمنزله رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط فيه.

و فيه أنه مبنى على كون مدرك الخيار الاشتراط لا النص.

الثانى- الاجماع نصا و فتوى على جواز اسقاط الخيار و التبرى فى ضمن العقد. و فيه أنه لا دليل على المدعى و انما هو حكم مخصوص بمورده.

الثالث- أن الارش لا معنى له أن يتوقف على الظهور. و فيه أنه لا مانع منه.

الرابع- ان النصوص بحسب الفهم العرفى تدل على أن الموضوع هو العيب لا ظهوره، فان العلم و الظهور طريق و كاشف لا موضوع. و هذا الوجه لا بأس به.

الخامس- أنه يستفاد من النصوص الوارده فى باب أحداث السنه أن المناط هو العيب لا ظهوره، و مجرد امكان أن يكون له شرط و هو الظهور لا يقتضى الالتزام به ما لم يدل عليه دليل.

السادس-

بعض النصوص الوارده فى رد الجاريه بالعيب قبل الوطء و سقوطه بالرد.

**[ثم إنه لا فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثمن]**

أقول: ان البحث المذكور يختص بما اذا كان المدرك فى الباب هو النص، و أما اذا كان المدرك دليل نفى الضرر أو الاشتراط الارتكازى أو الاجماع فلا مجال للبحث المذكور، لعدم الفرق بين الثمن و المثمن فى هذا الفرض، و ان كان العموم فيما يكون الاجماع مشكلا.

ثم ان المصنف قال فى وجه ما ذهب اليه من عدم الفرق بين الثمن و المثمن انه لا خلاف فيه، و ان كان مورد الاخبار ظهور العيب فى المبيع، لان الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۸

قوله: يسقط الرد خاصه بأمور: أحدها التصريح بالتزام العقد و اسقاط الرد و اختيار الارش (۱).

و فيما أفاده مجال للمناقشه، لان الغلبه فى الاثمان كونها نقدا و ان كان مسلما فى زماننا هذا الا أنه لا يكون كذلك فى عصر النبى «ص» و الائمه «ع»، بل كان الثمن فيه متاعا أيضا فى كثير من الحالات.

و كيف كان فلا بد أن يلاحظ مقتضى الاطلاق فهل يشمل الثمن و المثمن كلاهما أم يختص بالثمن؟

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن العنوان المأخوذ فى الدليل كلمه «شراء»، و هو يطلق على كلا الطرفين.

و فيما أفاده نظر، لان ما أفاده من عدم الفرق يتصور فى كلمه «اشتراء» حيث انه يستعمل فى الايجاب و القبول، و أما «الشراء» فلا يستعمل الا فى جانب المشترى. أضف الى ذلك أن المستفاد من ظاهر الادله اختصاص العيب بخصوص المبيع. و كيف كان فان قام الاجماع التعبدى على تعميمه للثمن أيضا فهو و الا فالامر مشكل.

**[يسقط الرد خاصه بأمور:]**

**[أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش]**

أقول: لا بد أن لا يخفى عليك أن هذا البحث يتوقف على القول بالعرضيه بين

الرد و الارش، و أما اذا قلنا بأن الارش يكون فى طول الرد فلا تصل النوبه الى البحث المذكور. و على أى حال فالحق كما أفاده المصنف أن الرد يسقط بالتصريح بالتزام العقد و اسقاط الرد بأن يقول «التزمت بالعقد و اسقطت الرد» لأنه حق من الحقوق و هو قابل للإسقاط كما حقق فى محله.

و فى هنا كلام للمحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان حق الخيار فى المقام حق واحد متعلق بأحد الامرين من الفسخ و أخذ الارش لا حقان و الإجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۰۹

قوله: الثانى التصرف فى المعيب (۱).

الجمع بين الفسخ و أخذ الارش، و الحق الواحد لا يقبل التجزيه و التبعيض، فان سقط سقط رأسا و لم يبق منه شى ء، و الا بقى بكماله و تمامه، فكان فعلا متعلقا بما كان متعلقا به أولا، و مع الشك يستصحب بقاؤه.

و فيه: لا- نفهم مراده، فانه ما المراد بوحده الحق، اذ لا شبهه فى تعدد متعلق الحق، غايه الامر يمكن أن يكون اسقاطه مشروطا بشرط، و هو اسقاط العدل الاخر أيضا. و مجرد هذا الاحتمال لا يضر بعد ما علمنا بأنه يجوز لذى الحق اسقاط حقه، الا أن يقال: ليس لنا مطلق يؤخذ به فى كل مورد شك فى جهه من الجهات.

و أما الاستصحاب المذكور فهو معارض بمثله، و هل يكون فرق بين الالتزام بالعقد و بين اسقاط الخيار كما يظهر من كلام المصنف، فلا يبعد أن يكون قول القائل «أسقطت خيارى» ظاهرا فى اسقاط كلا الامرين فى مقام الاثبات، و أما فى مقام الثبوت فلا وجه للتفكيك.

### [الثانى التصرف فى المعيب]

أقول: و البحث فى المقام راجع الى أن التصرف يسقط الخيار أم لا؟

فنقول:

لا شبهه فى سقوط الخيار بالفعل الدال على الرضا، فانه من الامور الانشائيه التى تقبل تحققها بكل من القول و الفعل. و عمده الكلام فى كون التصرف بما هو مسقط للخيار أم لا، و الذى يمكن وجها لكون التصرف مسقطا أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه قد علمت منا مرارا أن المحصل منه غير حاصل، و على تقدير حصوله محتمل المدرك، و المنقول منه ليس بحجه.

(الثانى) ما عن العلامه فى التذكره ان تصرفه فيه رضاء منه بالمعيب، و لو لا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۰

...

ذلک کان ینبغی له الصبر و الثبات حتی یعلم حال صحته و عدمها.

و فيه: ان هذا الاستدلال دورى فان كشف التصرف عن الرضا يتوقف على كون التصرف الخارجي ضدا للخيار و عدم اجتماعه معه و لو فى نظر الشارع، و لو توقف المضاده و كونه مسقطا للخيار على الكشف المذكور لزم الدور.

(الثالث) الروايات الوارده فى المقام، كصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرء اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء أنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به ... «۱».

بتقريب: ان المشترى بعد التصرف لا يجوز له أن يرد المعيب، هذا كبرى القضيه، و أما احراز الصغرى فيستفاد من صحيحه على بن رئاب عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشترى اشترط أم لم يشترط فان أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضا منه فلا شرط.

قيل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «۲».

و يرد عليه: ان المستفاد من الروايه الاولى أن المسقط للخيار الحدث المغير للعين كتقصير الثوب و غيره، و أما التصرف المطلق من دون أن يغير العين فلا يصدق عليه الحداث الحدث.

و أما الروايه الثانيه ففيها: أولا- أنها مختصه بخيار الحيوان كما يستفاد ذلك من قوله «ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۱۶ من أبواب الخيار، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب (۴) من أبواب الخيار، الحديث ۱.



قوله: الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف (۱).

و ثانيا- انه يمكن أن يكون صدق احداث الحدث على التقبيل فى المقام من جهه أنه كانت للاستمتاع، و عليه فلا يمكن التعدى الى غيره كتعليق الباب و غيره.

و ثالثا- ان المستفاد من بعض الروايات «۱» ان من اشترى جاريه لا تحيض فى سته أشهر من غير حمل و لا كبر و لا صغر فهو ترد منه، و ان كان متصرفا فيها.

نعم و فى المقام روايه «۲» تدل على أن التصرف اذا كان مغيرا للعين مسقط للخيار و الا فلا، الا أنها مرسله فلا يعتمد عليها.

و رابعا- لنا دليل فى المقام على خلافه، فان قوله عليه السلام «كان على لا يرد الجاريه اذا وطئت» «۳»، يدل بمفهومه أنه كان يرد فى غير صوره الوطء حتى مع اللمس و النظر، و كذا يستفاد ذلك من الروايات الوارده فى جواز رد المملوك باحداث السنه.

### [الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]

أقول: المسقط الثالث التلف أو صيرورته كالتالف، أفاد الشيخ قدس سره بأن المستفاد

من المرسله «۴» بضميمه الاجماع أنه يشترط فى بقاء هذا الخيار بقاء العين فى الملك و ان هذا الخيار له خصوصيه تختلف عن بقيه الخيارات، فان الخيار فى غير المقام لا يسقط بتلف العين و لكن فى المقام يسقط اذا لم تبق العين بحالها و خرجت عن ملك مالكها. و ملخص ما رامه قدس سره أن المستفاد من المرسله و الاجماع اشتراط بقاء العين بحالها، فلو تلفت بالتلف الحقيقى أو الحكمى يسقط الرد.

أقول: اما الاجماع فقد مر ما فيه، و أما المرسله فأولا انها ضعيفه السند، و

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب (۳) من أبواب أحكام العيوب، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب الخيار، الحديث (۳).

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۴ من أبواب أحكام العيوب، الحديث (۸).

(۴) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ۳.



...

ثانيا ان المستفاد منها اشتراط كون العين قائمه بعينها، و من الظاهر أن المستفاد من هذه الكلمه حدوث التغير الحسى فى المبيع، و أيضا من الظاهر أن انتقالها الى ملك الغير لا يكون تغيرا فيها.

و أفاد الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن المستفاد من المرسله أن الامر دائر بين رد العين و بين أخذ الارش، و فيما يكون المبيع منتقلا الى الغير لا يمكن رده، فيسقط الرد و يبقى الارش، و لذا لو أمكن ارجاعه بفسخ أو بمعامله جديده أو انتقاله بسبب غير اختيارى كالإرث لا مانع من الرد.

ان قلت: ان الملكيه حصلت للمشترى باشترائه و قد انعدمت بالبيع من الشخص الثالث، فكيف يمكن الفسخ مع أن الملكيه غير قابله للرد.

قلت: أولا ان النقل و الانتقال يتعلقان بالعين

لا بالملكيه، و تعرضنا لهذه الجهه فى بحث المعاطاه مفصلا.

و ثانيا: نسأل من أن المشترى قبل البيع من الثالث لو التفت الى العيب هل يكون له الرد أم لا؟ و لا سبيل الى الثانى، و على الاول هـل ترجع الملكيه الى البـائع أم لا؟ على الثانى يعود الاشـكال، و على الاول نقول: فعليه لا مانع من انتقال الملكيه من الثالث الى الثانى و منه الى الاول. هـذا ملخص ما أفاده و فيه: أولا ان المرسـله لا اعتبار بها، و ثانيا ان غايه ما يسـتفاد منها أن الخيار بالنسـبه الى الرد دائر مـدار امكان رد العين، و فى غير هذه الصوره لا تعرض للروايه بجواز الرد و عدمه، فلنا أن نلتزم بالخيار بواسـطه «۱» ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام، فان الميزان المستفاد من هذه الروايه فى جواز الرد و عدمه احداث الحدث فى المبيع و عدمه، فالحق أن يقال: ان الخيار يسقط

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب احكام الخيار، الحديث ۲.



...

بـالتلف الحقيقى، و أما فى غيره بأن ينتقل المبيع الى الغير بالبيع و أمثاله أو حجر المالك عن التصـرف فيه فلا وجه لسـقوط حق الرد، الا ان يقال: بأن العرف بمناسـبه الحكم و الموضوع يفهم أن اشتراط قيام العين بحالها مقـدمه لرد العين الى صاحبها، فلو لم يمكن الرد يسقط حق الرد.

ثم انه لو قلنا بأنه يسقط الرد بالانتقال الى الغير و لكن عادت بعد الانتقال، فهل يجوز رده أم لا.

اختار الشيخ عدم الجواز، و استدل عليه بالاصل. و الظاهر أن مراده بالاصل أصاله عدم حدوث الحق بعد سقوطه.

و أفاد الاستاذ بأن المستفاد من النص

أن شرط الفسخ و رد العين بقاءها بحالها حين الفسخ لا أزيد من هذا المقدار، فلو فرض أنه رجع المبيع الى المشترى الاول لا مانع من الرد لأنه حين الرد يكون على حاله و قائما بعينه، بل نقول:

بأنه لو حدث فيه حدث- بأن كسر رأس العبد ثم عاد الى ما كان أولا- يجوز رده.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه، لأنه ليس المستفاد من روايه زراره إلا حق الرد بشرط عدم حدوث حدث، فلو أحدث حدثا فيه ينقلب الموضوع و لا وجه لرجوعه أى رجوع حق الرد كما أفاد الشيخ، و لا تصل النوبه الى الاصل العملى و هى أصاله عدم رجوع الحق بل لدلاله نفس الروايه مضافا الى دلاله قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و هذا الذى نقول ليس من جهه عدم العموم الزمانى كما فى كلام الاستاذ، فانا لا نفرق بين العام الاستغراقى و المجموعى فان العام محكم فى كلا المقامين بل من جهه أن المستفاد من النص أن حق الخيار دائر مدار عدم احداث حدث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۴

قوله: الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى (۱).

و معه لا دليل على الخيار كما هو ظاهر.

و هذا فيما يكون الحدث تكوينيا ظاهر، و أما فيما يكون الحدث اعتباريا- كما لو انتقل الى الغير ثم رجع الى ملكه- فالامر أيضا كذلك. و بعباره أخرى: اما نلتزم بعدم سقوط حق الرد بالانتقال و أما نقول به، أما على الاول فلم يسقط كى يرجع و أما على الثانى فلا وجه لرجوعه لعدم الدليل. و الالتزام انه بنحو القضيه الحقيقيه كما فى كلام الاستاذ فلا يساعده الدليل، و ان كان أمرا ممكنا ثبوتا. و الحق سقوطه بالانتقال

فلا يرجع الاعلى الاحتمال الذى احتملنا من عدم سقوطه بانتقاله الى الغير حتى بانتقال غير قابل للرجوع.

بقى فى المقام شىء، و هو: ان المستفاد من النص أن المانع لحق الرد احداث الحدث فى العين، فلو فرض حدوث حدث فيها بآفه سماويه و أمثالها فما حكمه؟

الحق أن يقال بعدم السقوط، فان الحكم تعبدى و لا بد من الالتزام به بقدر دلاله الدليل، و لا يدل الدليل أزيد من الحدث الذى يكون باحداث المشترى، و أما فى غيره فلا وجه لتسريه الحكم كما هو ظاهر.

**[الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى]**

**اشاره**

أقول: و فى المسأله صور ثلاث، و تفصيل ذلك: انه اذا أحدث العيب بعد العقد على المعيب: فاما أن يحدث العيب فى العين قبل القبض، و اما ان يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع، و اما أن يحدث بعد مضى الخيار فتكون المسائل ثلاثه:

**(المسأله الاولى) حدث العيب فى المبيع قبل القبض،**

**اشاره**

و يقع الكلام فى المسأله من جهتين:

**الجهه الاولى- أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد فى كونه موجبا للخيار أم لا.**

**اشاره**

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۵

و هذه المسأله يبحث عنها فى المقام استدراكا.

الجهه الثانيه- أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض هل يسقط الخيار الحادث بالعيب القديم أم لا. و هذه المسأله هى التى عقدت المسأله لأجلها

**فما يمكن أن يستدل به على كونه موجبا للخيار أمور:**

**الاول: الاجماع.**

و فيه ما تقدم منا مرارا.

**الثانى: النصوص الوارده فى المقام:**

**(منها) صحيحه بريد بن معاويه**

عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن قصب فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشترى قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم و وكل المشترى من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشره آلاف طن. فقال: العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشترى و العشرون التى احترقت من مال البائع «۱».

**(و منها) ما رواه عقبه بن خالد**

عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء اللّه، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه «۲».

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۹ من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب (۱۰) من ابواب الخيار، الحديث ۱.



**(و منها) قوله «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»**

«۱». تقريب الاستدلال بهذه الاخبار: أن المراد من كون التلف على البائع كون المبيع فى عهدته و كأن المعامله لا تتم الا بالقبض أو مضى زمان الخيار، و معنى كون الضمان عليه ان التلف أو النقص فى ملكه، و المراد بالضمان ضمان معامله لا ضمان يد، اذ المفروض أن يده ليست يد ضمان. و حاصل المعنى ان تلف المبيع كلا أو بعضا و كذا عيبه قبل القبض كالتلف و العيب قبل العقد، فكأنه وقع فى ملكه و لازمه الانفساخ كلا أو بعضا فى الاولين و ثبوت الخيار فى الاخير.

ان قلت: ان الاخبار لو كانت شامله لنقص الاوصاف لزم الحكم بالانفساخ فى صوره العيب كما فى صوره التلف، و الحال أن المطلوب اثبات الخيار.

قلت: المراد بالضمان ليس ضمان اليد، بل معناه ان عهدته على البائع، و معنى كون التلف فى عهده البائع أنه يفرض حدوث التلف أو النقص فى ملك البائع و يترتب على تلفها الانفساخ و على عيبها الخيار، و ليس هذا استعمال اللفظ فى المعنى المشترك، فان معنى الضمان أمر واحد و هو

كون التلف فى عهده البائع، و يؤخذ بلازم هذا فى كلا الموردين، فلا يلزم اختلاف معنى الضمان بالنسبه اليهما حتى يلزم استعمال اللفظ فى المعنيين.

و يؤيد ما ذكرنا قوله عليه السلام «و يصير المبيع للمشترى»، فيستفاد من هذا التعبير أن المال قبل القبض لم يصر مالا للمشترى. و ملخص الكلام أن المبيع ما لم يقبض يعتبر بقاؤه فى ملك بايعه، و يترتب عليه أنه لو تلف يكون البيع منفسخا بالنسبه و لو عاب ترتب عليه الخيار، و أيضا لازمه ثبوت الارش، و ان اختلف أقوال العلماء فيه، فذهب الى ثبوته جماعه منهم العلامه و الشهيدان،

---

(١) المستدرك، الجزء ٢ الباب ١٩ من ابواب الخيار.



...

كما أنه ذهب الى عدمه جماعه أخرى و منهم الشيخ و الحلى و كاشف الرموز.

و يرد عليه: أولا انه قد جمع فى مقام الاستدلال بين نصوص الباب و نصوص المسأله الآتيه و هى التلف فى زمان الخيار، و الحال أنه لا وجه للخلط بين البابين و النصوص الوارده فى المقام و ان كان بعضها ضعيفا سندا لكن فى المعتبر منها كفايه، لكن الموضوع فيها التلف و العيب لا يكون مصداقا للتلف، و حمل التلف على أظهر أفراده يحتاج الى قرينه.

و ثانيا- ان حصل التلف فى ملك البائع لا يلزم أن يكون من أول الامر، بل لنا أن نقول بأنه يدخل فى ملكه قبل التلف آنا ما، و التفصيل موكول الى محله.

فتحصل أن الدليل فى مقام الاثبات قاصر الا أن يقوم اجماع تعبدى كاشف و أنى لنا باثباته.

**و أما الجهه الثانيه- من المسأله الاولى و هى أن حدوث العيب قبل القبض هل يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب الموجود قبل العقد أم لا؟**

قال الشيخ قدس سره بأنه لا خلاف بينهم فى عدم كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

و المستند ان كان الاجماع

فيرد فيه ما مر آنفا، و لكن الحق أنه غير مانع عن الرد على القاعده، اذ ما يتصور أن يكون وجها لكونه مانعا أمران: أحدهما عدم قيام العين بحالها، و ثانيهما أنه حدث فيه حدث. أما الاول فغير تام لان المدرك هى المرسله أى مرسله جميل، و من الظاهر عدم اعتبارها، و اما حدوث الحدث فقد مر منا أن الحدث الموجب للمنع عن الرد هو الحدث الذى أحدثه المشترى بمقتضى روايه زراره فلاحظ. و عليه لا وجه لكونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۱۸

**(و اما المسأله الثانيه) و هى ما لو كان حدوث الحدث فى المبيع يكون بعد العقد فى زمان الخيار الذى يكون التلف فيه على البائع،**

**اشاره**

ففيها أيضا جهتان:

**أما الجهه الاولى- ففى كون العيب الحادث سببا للخيار كالعيب السابق على العقد و عدمه،**

فنقول: المدرك لهذا الحكم ان كان الاجماع ففيه ما فيه، و ان كان النصوص الداله على التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له منها ما رواه «۱» ابن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام، ففيه أن المستفاد من تلك النصوص أن العين لو تلفت فى زمن الخيار أو حدث فيه حدث يكون ضمانه على من لا خيار له، و هذا المقدار لا يقتضى أن يكون حدوث العيب موجبا لثبوت الخيار. و بعباره أخرى: لا يستفاد من تلك النصوص أن الشارع جعل حدوث العيب فى زمن الخيار كالعيب الحادث فى العين قبل العقد و نزل ما حدث فى زمن الخيار منزله العيب السابق فى جميع الآثار و الاحكام.

**و أما الجهه الثانيه- و هى أن العيب الحادث فى زمن الخيار هل يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق أم لا؟**

فقد ظهر الحق مما ذكرناه آنفا. و حاصله عدم وجه فى كونه مسقطا لا من باب الاجماع فانه مخدوش، بل من باب أنه لا مقتضى للمانعيه، فان حدوث الحدث فى زمن الخيار فى عهده من ليس له الخيار، و هذا المقدار لا يوجب المانعيه. و من ناحيه اخرى لا يصدق على مطلق الحدث الحادث فى العين أن المشترى أحدثه و الموضوع للحكم هذا العنوان فلاحظ.

**(و أما المسأله الثالثه) و هى ما لو حدث عيب فى العين بعد القبض و بعد مضى زمان الخيار،**

**اشاره**

فيقع الكلام فيها بأن حدوث العيب هل يكون مانعا عن الرد

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ۵ من ابواب الخيار، الحديث ٢.



...

بالعيب السابق أم لا،

**يقع البحث فى هذه المسأله فى مقامات:**

**المقام الاول: فيما يمكن أن يكون دليلا للمانعيه،**

**اشاره**

و هو أمور:

**منها مرسله جميل،**

فان مقتضاها انه لو لم تبق العين بحالها لا يجوز ردها. و فيه أن المرسله لا اعتبار بها.

**و منها: ما عن العلامه،**

و حاصله ان الضرر المتوجه الى المشترى من قبل العيب السابق متدارك بخيار المشترى، و الضرر المتوجه الى البائع من قبل البيع الحادث يتدارك بجواز امساك البائع عن القبول. و بعباره أخرى: يقع التعارض بين الضررين.

و فيه: ان القاعده على ما سلكناه لا تدل الاعلى الحرمه التكليفيه، أما على مسلك القوم فلا يتوجه الضرر دائما، فان التغيير لو كان موجبا للعيب يجب على المشترى عند الرد دفع الارش للبائع فلا ضرر على البائع. مضافا الى أن دليل الخيار النص الخاص لا قاعده الضرر.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أنه بعد التعارض يرجع الى استصحاب الخيار. فيرد فيه: أولا ان الاستصحاب فى الحكم الكلى معارض بعدم جعل الزائد. و ثانيا انه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، بل المحكم عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

**(و منها) أنه مع العيب لا يصدق الرد.**

و فيه انه لا شبهه فی صدق الرد، و انکاره مکابره.

**(و منها) أن حدوث الحدث فی العین حیث أن المشتری ضامن له یکون مثل احداثه الحدث الموجب لإسقاط الخیار.**

و فیه انه لا دلیل علی هذا المدعی.

**(و منها) الاجماع.**

و فیه ما فیه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۲۰

...

فتحصل من جمیع ما تقدم عدم ما یقتضی کونه موجبا لسقوط الخیار المسبب عن العیب السابق.

**(المقام الثانی) فی أن المیزان و المناط للعیب الحادث المانع عن الرد ما هو؟**

هل المیزان بمطلق التغییر أو التغیر الحسی أو بأن یحدث فیه عیب أو غیر ذلک. لا یخفی أن المدرک روایه زراره، و العنوان المذکور فیها الذی یکون مدارا للمانعیه احداث الحدث، أی یحدث المشتری فیه حدثا، فکلما صدق هذا العنوان یترتب الحکم، و مع عدم صدق هذا العنوان لا وجه للسقوط، و مع الاجمال أیضا یحکم ببقاء الخیار، لان المفروض أن هذا الخیار مع قطع النظر عن النص أمر عقلائی ارتکازی.

و لا یخفی أنه لو أحدث فی المبیع حدثا موجبا لزیاده قیمته کالسمن فی الشاه فالظاهر أنه لا یوجب سقوط الخیار، فانه یصدق علیه احداث الحدث، لکن الدلیل عن مثله منصرف بحسب الفهم العرفی. نعم لو کانت الزیاده لا توجب الشرکه و بعد الرد یکون المشتری ذا حق فی المبیع، لا یکون وجه للانصراف فیکون مانعا.

**(المقام الثالث) لو زال العیب الحادث عند المشتری هل یجوز له الرد أم لا؟**

الظاهر هو الثانی، لعدم الفرق فی سقوط الخیار بین بقاء الحادث و زواله.

و المیزان فی المسقطیه احداث الحدث الذی ذکر فی صحیحه زراره و عوده بزوال التغییر بعد سقوطه به یحتاج الی دلیل. و أما

المذكور فى المرسله بأنها ترد اذا كانت قائمه بعينها فلا يعتمد عليها لإرسالها.

**(المقام الرابع) لو رضى البائع برده مجبورا بالارش أو غير مجبور هل يجوز له الرد أم لا؟**

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۱

قوله: تنبيه ظاهر التذكره و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه (۱).

أفاد الشيخ قدس سره بأن سقوط الرد لرعايه حق البائع و مع رضاه لا وجه لعدم الجواز، فان المقتضى للخيار موجود.

و فيه: ان الامر و ان كان كذلك لكن مقتضى النص سقوطه بحدوث العيب، و كما ذكرنا آنفا أنه لا وجه لثبوته بعد سقوطه، فلا يجوز الرد بالخيار بل يجوز بالاقاله.

ان قلت: دليل المانعيه قاصر عن شمول هذه الصوره.

قلت: لا وجه لقصوره، فان مقتضى الاطلاق ان احداث الحدث يوجب سقوط الخيار، و ثبوته بلا سقوطه يحتاج الى دليل مفقود فى المقام. نعم الاقاله لا مانع عنها، و الفرق العملى غير ظاهر.

و لا يخفى أن ضمان البائع للمشترى ضمان معاوضى و ضمان المشترى ضمان اليد، و الفرق بينهما أن فى غرامه البائع يلاحظ النسبه بين القيمه الواقعيه و بين الثمن المسمى، و فى غرامه المشترى يلاحظ القيمه الواقعيه، و لذا ربما لا بد أن يدفع مقدارا أزيد من الثمن.

ثم ان البائع لو رضى برد المعيب مجبورا بالارش أو بلا ارش فهل يجوز أن يطالبه المشترى بالارش و لا يرضى بالرد؟ أفاد الشيخ فى المبسوط أنه لا يجوز، فان اخذ الارش يتوقف على امكان الرد.

و فيه: انه بلا وجه، فان مقتضى ثبوت الارش مع احداث الحدث أن

يكون للمشترى أخذ الارش، أعم من أن يكون البائع راضيا بالرد أم لا.

**[تنبيه ظاهر التذكره و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه]**

**اشاره**

أقول: الكلام يقع فى مواضع ثلاثه: الاول أن يكون التبعض فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۲

...

أحد العوضين، الثانى أن يكون فى البائع، الثالث أن يكون فى المشترى.

**(أما الموضع الاول) و هو التبعض فى أحد العوضين**

**اشاره**

فكما لو اشترى شيئا أو شيئين بثمن واحد من بايع واحد فظهر بعضه معيبا، الظاهر أنه لو كان المبيع واحدا حقيقه أو عرفا- كما لو اشترى عبدا أو دارا فانكشف أن بعض المبيع معيوب- لا- يجوز الرد بخصوصه، أعم من أن يكون مدرك الخيار النص أو الارتكاز العقلائى، لان مورد الخيار المبيع المعيوب لا- جزئه، كما أنه لو كان المبيع متعددا و لكل منهما قيمه معلومه و جمع بينهما فى الانشاء فانه يكون البيع فى المفروض متعددا فيجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب بلا شبهه.

و انما الكلام فيما اشترى شيئين ببيع واحد و ثمن واحد فظهر العيب فى أحدهما فهل يجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيوب أم لا.

**و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم جواز الرد أمور:**

**(منها) الاجماع.**

و حاله معلوم.

**(و منها) أنه لو كان المردود جزء مشاعا يلزم الشركه و ان كان جزء معينا يلزم تبعض الصفقه.**

و فيه يرد: أولا انا لا نتصور رد المعيب فى الجزء المشاع، و ثانيا لا محذور فى تبعض الصفقه على البائع غير توهم الضرر، و من الظاهر أنه لا كليه له، اذ ربما لا يكون عليه ضرر.

و أفاد الايروانى بأن توجه الضرر لا يمنع عن الخيار، لأنه حكم وارد فى مورد الضرر، و دليل نفى الضرر لا يمنعه.

و فيه: انه انما يتم هذا البيان فيما يكون الخيار موردا للضرر، فانه فى مثله لا مجال لرفع الحكم بدليل لا ضرر، كما يكون الامر كذلك فيما وجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۳

...

الجهار، و أما لو لم يكن كذلك فلا مانع من رفع اليد عن الاطلاق بدليل نفى الضرر. و الذى يهون الخطب أن دليل لا ضرر ليس ناظرا الى رفع الحكم، و مع الاغماض يترتب عليه أنه لو كان ضررا على البائع يجبر بالخيار. و بعباره أخرى: لو كان التبعض ضررا على البائع يمكن أن يعمل بالخيار.

ان قلت: ان غرض المشترى تعلق بابقاء الجزء الاخر، و اعمال الخيار من قبل البائع يكون ضررا على المشترى.

قلت: أولا ينقض بما لو اشترى حيوانا مع شىء آخر فهل يجوز له اعمال خيار الحيوان. و ثانيا نقض الغرض الشخصى للمشترى لا يكون مناطا للضرر، فان الضرر من باب و نقض الغرض الشخصى من باب آخر. و ثالثا هذا الضرر ناشئ من فعل المشترى و لا يرتبط بالحكم الشرعى. و رابعا بعد تعارض الضررين يسقط قاعده لا ضرر و يبقى دليل الخيار بحاله، فيجوز له اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب.

**(و منها) أن المستفاد من النص أن الصبغ يمنع عن الرد،**

و ليس وجهه الا حصول الشركه.

و فيه: ان الميزان بصدق احداث الحدث، و لذا لو كان الصبغ موجبا لنقصان القيمه

يكون مانعا عن الرد أيضا، فلا يكون المنع من جهه حدوث الشركه. مضافا الى أن الرد فى المقام لا يوجب الشركه بل يوجب التبعض.

**(و منها) ان شرط رد المعيب ان يكون قائما بعينه.**

و فيه: أولا أن مرسله جميل ضعيفه، و ثانيا انه لا شبهه فى المبيع بأنه باق و قائم بعينه كما هو ظاهر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۴

**(و منها) ما عن صاحب الجواهر، و هو أن الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه، و لا أقل من الشك**

لعدم اطلاق موثوق به، و الاصل اللزوم.

و يرد فيه: أولا ان لازم ذلك عدم الجواز حتى مع رضى البائع، لان القصور من ناحيه المقتضى لا من جهه المانع. و ثانيا لا شبهه فى وحده حق الخيار و لم يقل احد أنه يجوز للمشترى ان يرد جزء المعيب. و أيضا لا يتوهم أحد بأنه يجوز له رد خصوص الصحيح، انما الكلام فى أن مركز الخيار مجموع ما وقع عليه العقد بحيث لا يجوز له رد خصوص المعيب أو مركز الخيار خصوص المعيب، و انما يجوز رد المجموع لعدم ترتب تبعض الصفقه او للإجماع أو لصدق المسبب على المجموع.

و الحق أنه يصدق المعيب على خصوص المعيب و اطلاق الدليل يشمله، فانه يصدق أنه اشترى شيئا معيبا و لا يكون هذا الكلام كذبا فيترتب عليه الخيار.

و مما يؤيد المدعى بل يدل عليه أنه يجوز رد المعيب مع رضى البائع بالاتفاق، و انما لم يجز رد خصوص المعيب بلا رضى البائع لأجل ترتب التبعض، فيعلم أنه لو لم يكن خصوص المعيب موردا للخيار لم يكن رده جائزا الا بالتفاسخ، و بالتفاسخ يجوز الرد حتى فى مورد خصوص الجزء الصحيح كما هو ظاهر.

**(و أما الموضع الثانى) و هو ما لو تعدد البائع فلا خلاف فى جواز التفريق،**

و لو اشترى اثنان من اثنين يدخل فى المسأله الثالثه، و هو الموضع الثالث من البحث.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۵

**(و أما الموضع الثالث) و هو ما لو اشترى شيئا من ثالث فانكشف أنه معيب هل يجوز أن يرد أحدهما حقه بخيار العيب أم لا،**

**و قبل بيان الحال لا بد من التنبيه على أمر،**

و هو أنه لو تعدد العقد- كما لو باع البائع نصف العين من زيد و فى ذلك الحال باع وكيله النصف الاخر من بكر- لا شبهه فى ثبوت الخيار لكل من الشريكين، كما أنه لو باع نصف داره من زيد بثمن معين و نصفها الاخر من بكر كذلك، و فى مقام الانشاء انشأ كلا البيعين بانشاء واحد يكون لكلا المشتريين الخيار، اذ لا يرتبط أحدهما بالاخر، انما الاشكال فيما يكون العقد واحدا واردا على شى ء واحد بثمن واحد.

**و ما يمكن أن يقال فى وجه المنع أمور:**

**(منها) أنه لو تفرد أحدهما بالرد لا يكون البيع قائما بعينه.**

و فيه: أولا- ان مدرك هذا الحكم ضعيف للإرسال. و ثانيا ان المستفاد من الروايه أن المبيع بعد انتقاله الى المشترى يلزم أن يكون قائما بعينه الى زمان الرد، و هو كذلك و يصدق عليه هذا العنوان فانه قائم بعينه.

و الحاصل ان الميزان فى ثبوت الخيار بقاء العين على نحو تلقاه من البائع و المفروض أنه كذلك و ليس الميزان بأن يرجع الى ملك البائع على نحو خرج من ملكه.

**(و منها) ان الانفراد بالرد يوجب الضرر بالنسبه الى البائع.**

و فيه: أولا يلزم عدم الخيار حتى فى صوره تعدد العقد، فانه لا فرق فى توجه الضرر فى الصورتين. و ثانيا يمكن أن يتصور عدم توجه الضرر. و ثالثا يتعارض ضرره مع ضرر المشترى، فانه يتضرر بالصبر على المبيع. و رابعا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۶

قوله: مسأله يسقط الارش دون الرد فى موضعين (۱).

ان البائع أقدم على الضرر، فانه بمقتضى الارتكاز العقلائى التزم بأنه فى صوره العيب يقبل رد المبيع، و عليه لا فرق بين علم البائع بالتنقيص و عدمه.

**(و منها) أن دليل الخيار منصرف عن المقام.**

و فيه: أولا- انه لا- وجه للانصراف، لان غايته قله وجوده، و هى لا توجب الانصراف. و ثانيا انه بناء عليه لا بد من الالتزام بعدم الخيار حتى لمجموع الشريكين.

**(و منها) أنه خيار واحد قائم بمتعدد،**

فليس لكل منهما الاستقلال باعماله.

و فيه: ان الميزان بصدق عنوان أخذ فى دليل الخيار، فان المأخوذ فيه قوله عليه السلام «من اشترى شيئا و به عيب أو عوار»، فاذا صدق هذا العنوان يترتب عليه حكم الخيار بلا كلام.

و ملخص الكلام ان اثبات أن الخيار أمر واحد قائم بمتعدد فلا يجوز الانفراد بالاعمال يحتاج الى الدليل، بل الميزان بصدق موضوع الخيار، و هذا العنوان يصدق على كل منهما، بلا فرق بين أن يكون القبول واحدا أو متعددا، بل الحكم فى المقام أظهر من خيار الحيوان فيما لو اشتراه شريكان، فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان بخلاف المقام.

**[مسأله يسقط الأرش دون الرد فى موضعين]**

**[الأول – إذا اشترى ربويا بجنسه نظهر عيب فى أحدهما فلا أرش حذرا من الربا.]**

أقول: أفاد المصنف بأن الارش يسقط فى موضعين:

الاول- اذا اشترى ربويا بجنسه نظهر عيب فى أحدهما فلا أرش حذرا من الربا. و يقرب ذلك بوجهين: الاول ما قربه الشيخ قدس سره بأن المستفاد من أدله تحريم الربا أن وصف الصحه فى أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۷

...

أحدهما على الاخر زائدا على ما يساوى الجنس الاخر، فتشمله أدله حرمه الاخذ بالتفاضل.

و يرد عليه: ان ما ذكره مبتنى على ان تكون الغرامه فى إزاء صفه الصحه و الحال أنه ليس كذلك.

و الذى يدل على أن الارش ليس فى مقابل وصف الصحه أن المشترى لو كان جاهلا بالعيب أو كان جاهلا بحكم الارش و لم يطالب البائع بالارش لم يجب على البائع شى ء على ذمته، فان ما أخذ فى مقابل الصحه غرامه شرعيه حكم بها الشارع.

**الثانى – ما أفاده صاحب الكفايه فى حاشيته على المكاسب**

أن المستفاد من أدله تحريم الربا أنه كما لا يجوز الزياده فى الربويين من ابتداء البيع كذلك لا يجوز فى حال استقراره و لزومه، فيكون حال الزياده كحال زياده الشرط فى طرف أحد الربويين، و لازمه عدم جواز أخذ الارش بعد العلم بالعيب.

و فيه: أولا ان ظاهر الادله حرمه الربا حدوثا فلا تشمله بقاء. و ثانيا ان الوفاء على العقد يترتب على البيع، فلا بد أن يكون صحيحا

فی رتبته السابقه حتی یترتب علیه وجوب الوفاء. و ثالثا ان وجوب الوفاء و الالتزام لا ربط له بأخذ الارش و عدمه، و لذا لو لم یقدر علی رد المعیوب فلا بد أن یلتزم بالعقد سواء أخذ الارش أم لا.

و الحاصل ان الارش حکم شرعی لا

یوجب الربا، فمن ذهب الی کون الارش و الرد فی الرتبه الواحده یلتزم ببقاء الارش اذا لم یمکن الرد.

الثانی- العیب الذی لا یکون موجبا لنقص القیمه، و قد مثلوا له بالخصاء فی العبد، فانه عیب و لا یوجب نقصا فی القیمه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۲۸

قوله: مسأله یسقط الرد و الارش معا بامور (۱).

و أورد علیه المصنف: بأن المیزان فی القیمه الاغراض العرفیه و ان کانت فاسده عند الشرع، و من الظاهر أن جمله من الناس یرغبون فی العبد الخصی لأغراضهم الفاسده. و الحاصل ان العیب لو لم یکن نقصا للقیمه لا یوجب الارش.

لکن یرد علیه: انه لو قلنا بأن العیب الموضوع للخیار هو العیب الموجب لنقص القیمه فلا یکون غیر المنقص موجبا للرد أیضا فلا موضوع لهذا البحث.

### [مسأله یسقط الرد و الأرش معا بأمور]

#### [الأول العلم بالعیب قبل العقد]

أقول: الاول العلم بالعیب قبل العقد، و ادعی الشیخ أنه بلا خلاف و لا أشکال. و بعباره أخری: یشترط فی تحقق الخیار جهل المشتری بالعیب، و الدلیل علیه أن الخیار المستفاد من الدلیل رتب علی صوره الجهل، فلاحظ روایه زراره و فیها قال علیه السلام «من اشتری شیئا و لم یتبرء الیه و لم یتبین له» الخ، فموضوع الخیار غیر العالم بالعیب.

و قد یستدل للمدعی بمفهوم روایه زراره، و المستدل صاحب الجواهر، و أفاد المصنف بقوله: و فیه نظر. ربما یورد علی المصنف بأن الوصف و ان لم یکن له مفهوم و لکن فی المقام خصوصیه تقتضی الدلاله بالمفهوم.

و توضیح الحال: ان الوصف و ان لم یکن دالا مفهوما لما ثبت فی الاصول من عدم المفهوم للوصف، و لکن هذا فیما لا یکون المتکلم فی مقام بیان الکبری الکلیه و الا یکون الوصف دالا مفهوما

و فى المقام انه عليه السلام فى مقام بيان ضابطه كليه، فطبعا يدل الكلام على المفهوم و الا يلزم لغويه الضابطه.

و ربما يورد عليه بأنه لا وجه لعدم دلاله الشرطيه على المفهوم، فان المقام ليس داخلا فيما لا تكون الشرطيه داله على المفهوم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۲۹

...

و توضيح الحال: ان الشرط المذكور فى القضيه الشرطيه على أقسام: فان الشرط تاره لا يكون دخيلا فى ترتب الجزاء بحسب الخارج و الواقع كما قوله «ان جاءك زيد اكرمه» فان مجى ء زيد لا يكون دخيلا فى تحقق الاكرام خارجا اذ يمكن الاكرام و لو مع عدم مجيئه. و أخرى يكون دخيلا فى ترتب الجزاء خارجا، بحيث لو لم يتحقق لا يمكن ترتب الجزاء، كما فى قوله «اذا ركب الامير فخذ ركابه». و ثالثه مركب من أمرين كقوله «اذا ركب الامير و كان يوم السبت فخذ ركابه» فان أخذ الركاب بالنسبه الى الركوب من قبيل الثانى و بالنسبه الى يوم السبت من قبيل الاول.

و الشرط فى المقام من قبيل القسم الثالث، فان الخيار بالنسبه الى الاشتراء من قبيل الثانى و بالنسبه الى العلم من قبيل الاول، فلا وجه للنظر فى الشرطيه بأنها مسوقه لبيان الموضوع و لا مفهوم له.

و لكن المحتمل بل الظاهر أن نظر المصنف فى الاستدلال ليس من هذه الجهه، كيف و هو بعد سطر يستدل بالمفهوم، بل يمكن أن يكون الوجه أمرا آخر و هو أن البيان من طرف البائع له موضوعيه و مع عدمه يتحقق الخيار حتى مع العلم بالعيب، و لا أقل من احتمال الموضوعيه.

لكن الحق عدم ورود الاشكال على صاحب الجواهر، لأنه قد ذكرنا مرارا أن أخذ هذه المفاهيم فى الدليل

يفهم منه العرف الطريقيه و يستفيد أن المناط هو العلم خصوصا فى المقام، اذ «عبر» بصيغه المجهول، فانه لو كان التعبير بصيغه المعلوم لكان لاحتمال الموضوعيه وجه، و أما مع كون التعبير بصيغه المجهول فليس لهذا الاحتمال مجال، فالحق مع صاحب الجواهر.

---

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ۲ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۳۳۰

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۰

...

فلو شرط مع العلم خيار العيب الذى له أحكام خاصه فاختار صاحب الجواهر قدس سره الصحه و الشيخ فساد الشرط و العقد، و لا بد من التكلم أولا فى فساد الشرط و عدمه، و ثانيا فى افساده للعقد و عدمه.

فنقول هذا النحو من الاشتراط يتصور بنحوين: الاول أن يشترط تحقق هذا الحكم الخاص بلا جعل من المتعاقدين، الثانى أن يشترط بجعل منهما.

فان كان على النحو الاول يكون باطلا. لان الشرط ليس مشرعا و لا يمكن جعل الحكم الشرعى بالشرط، و هذا ظاهر. و من البعيد كله أن اراد صاحب الجواهر من كلامه هذا الفرض. و ان كان على النحو الثانى فالظاهر جوازه، فانه لا مانع منه و ليس فيه مخالفه للشرع، فان المستفاد من الدليل أن ترتب الخيار بهذا النحو فى هذه الصوره و ينفى الخيار الخاص فى صوره العلم، لكن لا يدل على أنه لو التزما باختيارهما و جعلا أمرا خاصا على عهدتهما يكون باطلا فلا مقتضى للفساد بل المقتضى للصحه تام.

هذا تمام الكلام فى فساد الشرط و عدمه، و ظهر أن الحق صحته، و أما افساده على تقدير فساده فهو مبنى على ذلك البحث. و الحق أنه لا يوجب فساد العقد

كما سيجى ء.

**(الثانى) مما يوجب سقوط الرد و الارش معا تبرى البائع عن العيوب،**

**و ما يمكن أن يستدل به أمور:**

**(منها) الاجماع،**

فانه ادعى عليه اجمالا، و لكن الاجماع فيه ما فيه.

**(و منها) ان العقد بحسب القاعده الاوليه لازم، فانه يجب الوفاء به،**

و انما تخرج عن القاعده للارتكاز العقلائى، و من الظاهر أنه مع التبرى لا يبقى مجال



...

للتمسک بالارتکاز کما هو ظاهر. و لکن العمده ملاحظه النص، فان الميزان مقدار ما يستفاد منه.

**(و منها) النصان الواردان فى المقام:**

أحدهما ما رواه «۱» زراره عن أبى جعفر عليه السلام، فانه اشترط فيها تحقق الخيار بعدم تبرى البائع فلاحظ. ثانيهما مكاتبه جعفر بن عيسى «۲»، فان دلالتها على المدعى لا ينكر، لكن سندها مخدوش بجعفر بن عيسى، اذ أن الرجل لم يوثق، و المدح الذى يرويه الكشى فى حقه لا يدل على وثاقته، بل يستفاد من تلك الروايه أنه وقع مورد اعتراض أبى الحسن عليه السلام. فلاحظ جامع الرواه ج ۱ ص ۱۵۵.

ثم انه لا فرق بين التبرى الإجمالى و التفصيلى، فان اطلاق روايه زراره يقتضى عدم الفرق. هذا كله فى التبرى عن العيوب الموجوده حال العقد، و ربما يقال بأن التبرى من العيب قد يجتمع مع الغرر فى البيع، و هو فيما لا يكون للمشترى طريق الى احراز صحه العقد فيكون البيع باطلا بالغرر.

ان قلت: مقتضى اطلاق روايه زراره صحته.

قلت: شمول الروايه لمورد الغرر يكون بالاطلاق لا بالنصوصيه كى يخصص به دليل بطلان الغرر. و يجاب عن هذا التوهم بأنه لو

قلنـا بـأن أصاله السـلامه أصل معتبر تـدل على سـلامه المبيع فلا غرر، كما أنه لو قلنا بأن المسـتفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفى أن هذا الدليل ناظر الى دليل نفى الغرر فلا اشكال أيضا لتقدم الحاكم على المحكوم، و أما لو لم نقل بالحكومه نقول:

يقع التعارض بين دليل نفى الغرر و بين هذه الروايه بالعموم من وجه، و بعد التعارض و التساقط تصل النوبه الى

الاخذ باطلاق أدله صحه البيع.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۱۶ من ابواب الخيار، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۲) الباب ۸ من ابواب احكام العيوب، الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۲

...

و أما العيوب المتجدده فأفاد المصنف أنه يصح البراءه من تلك العيوب بمقتضى دلاله «المؤمنون عند شروطهم».

و ربما يشكل بأنه من اسقاط ما لم يجب. لكن فيه ما مر من أنه ليس عليه دليل، و القدر المعلوم من الاجماع غير هذا المورد، لكن الاشكال كما ذكرنا سابقا من ناحيه عدم الدليل على جواز اسقاط الحق الذى يتحقق بعد ذلك، و لكن الحق ان التبرى يرجع الى عدم اشتراط الخيار، و هذا ليس اسقاطا للحق.

ان قلت: يلزم منه الغرر.

قلت: ان العيب الحادث فى المبيع بعد العقد لا يوجب الغرر.

ان قلت: العيب الحادث فى زمان الخيار يوجب الخيار فيعود محذور اسقاط ما لم يجب.

قلت: على فرض تماميه هذا المطلب و ثبوت الخيار بمثله يدخل تحت دليل صحه التبرى.

ثم ان المصنف أفاد بأن البراءه فى المقام يحتمل فيها معان، و ذكر ثلاثه معان: عهده العيوب، ضمان العيب، حكم العيب. و الحق أن البراءه المستفاده من الدليل معناها عدم تعهد البائع بشى ء من قبول الفسخ و أداء الارش، و هذا هو الصحيح، و اما البراءه عن عهده العيب فيمكن أن يرد فيه بأن العيب أمر تكوينى و ليس متعلق عهده البائع، كما أن البراءه من الحكم لا معنى له، فان الحكم أمره بيد الشارع. نعم ضمان العيب معناه تعهد ادائه و البراءه منه عدم التعهد.

ثم ان التبرى هل يكون مؤثرا فى سقوط بقيه الآثار ككون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بحيث لو مات الحيوان بالعيب

الموجود فى المبيع و كان



قوله: ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها (۱).

فى زمان خيار الحيوان للمشترى فهل يكون على البائع أو يسقط. و التحقيق أن يقال: اما يقصد المتبرى بالتبرى سقوط تلك الحقوق و اما لا يقصد، أما على تقدير عدم القصد فلا مقتضى للسقوط، و أما على تقدير القصد فأفاد الاستاذ بأن سقوطه فى هذا الفرض مبنى على كون تلك الامور من الحقوق القابله للرد أو من الاحكام غير القابل للرد.

و فيه: ان الكلام فى تبرى البائع، و البائع من عليه الحق لا من له الحق، فكيف يسقط. مضافا الى أنه يدخل فى بحث اسقاط ما لم يجب، بل الظاهر كما أفاده الشيخ أن مقتضى دليل ضمان تلك الامور بقاء الضمان بحاله، و لا وجه لسقوطها.

## [ثم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها]

### اشاره

أقول: ثم ان الشيخ أفاد بأنه يظهر من بعض سقوط الرد و الارش بأمور:

### (منها) زوال العيب قبل العلم به،

كما صرح به فى غير موضع من التذكره.

و قال الشيخ قدس سره بأن الظاهر هو التفصيل بين الارش و الرد بالسقوط فى الثانى دون الاول، و ذلك لان العيب مع زواله و عدم بقائه لا يكون المشترى متصرفا فيه فلا وجه للرد. و أما الارش فهو غرريه حاصله من العيب الموجود فى المبيع و براءه ذمه المالك عنه بلا وجه لو لم يكن اجماع. و التحقيق ان يقال بعدم الفرق بين الارش و الرد، فان المدرك كما مر النص الخاص أو قاعده نفى الضرر، و مقتضى النص عدم الفرق بين الصورتين، و أما قاعده ان الزائد العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد ليس تحته شى ء و لا ينطبق على برهان، فالعمده ظواهر الادله، و مقتضاها عدم سقوط شى ء من الامرين. لاحظ روايه «۱» زراره،

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب ۶ من ابواب الخيار الحديث ۲.

...

فان المستفاد منها أن المبيع اذا كان به عيب للمشترى أن يرد، أعم من أن يزول، أو لا يزول، و يؤكده أن مقتضى الارتكاز العقلائى هو الخيار مع العيب و البقاء ليس شرطا لجعل الخيار.

و لو فرض الشك فهل يجرى استصحاب الخيار؟ الظاهر لا، لا لعدم بقاء الموضوع، فان الموضوع المستفاد من الروايه باق، بل لان المرجع عند الشك عموم وجوب الوفاء، مضافا الى أن الاستصحاب فى المقام يعارضه استصحاب عدم الجعل فى المقدار الزائد. نعم مقتضى عدم الانتقال الى الغير موافق لعدم الخيار.

**(و منها) التصرف بعد العلم بالعيب.**

و ما يمكن أن يكون وجها لهذا المدعى أمران:

أحدهما- ان التصرف رضاء به و فيه: ان التصرف أعم من الرضا، فانه ربما يتصرف الشخص و لا يقصد الاسقاط.

ثانيهما- ان النص

الدال على جواز أخذ الارش مختص بالتصرف الذى يكون قبل العلم.

و فيه: انه ليس الامر كذلك، بل مطلق من هذه الجهه كروايه «۱» ابن سنان عن ابى عبد اللّه عليه السلام، فان مقتضى هذه الروايه سقوط الرد بالوطى و ثبوت الارش ان كان فى الامه عيب، أعم من أن يكون الوطى قبل العلم بالعيب أو بعده.

و ملخص الكلام فى المقام: انه لا وجه للسقوط على طبق الموازين الاوليه،

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۲ الباب ۴ من احكام العيوب الحديث ۱.



...

فانه ما دام لم يسقط ذو الحق حقه لا يسقط حقه، و أما الاستناد الى ما ورد فى سقوط خيار الحيوان بالنص فقد مر أنه حكم تعبدى وارد فى مورد خاص.

و أما النصوص الوارده فى المقام فالمستفاد منها أن احداث الحدث يوجب سقوط الرد، و أما الارش فلا دليل على سقوطه بالتصرف بعد العلم، بل النصوص اما ساكته من هذه الجهه و اما تدل باطلاقها على بقاء حق الارش كما ذكرنا.

و ربما يقال: انه لا وجه لضم مسقط الى مسقط آخر وعده مسقطا مستقلا.

و لكن يمكن رفع الاشكال بأن ظاهر ما يدل على سقوط الخيار بالتصرف اختصاصه بمورد لو لم يرد يأخذ الارش، و من ناحيه أخرى ان مقتضى دليل لا ضرر تحقق الخيار للمشترى، لأنه لو لم يأخذ الارش و لم يكن له حق الرد يتوجه اليه الضرر.

و أفاد الاستاذ بأنه ما المراد من الضرر، فانه لو كان المراد منه الضرر المالى فالمفروض أنه ليس ضررا ماليا، و ان كان المراد أنه خلاف الغرض الشخصى فهو و ان كان كذلك لكن الدليل الدال على سقوط الخيار بالتصرف يكون مخصصا لقاعده نفى

الضرر.

و التحقيق أن يقال: ان التصرف ان لم يكن احداثا لحدث فى المبيع و لم يقصد به الاسقاط فلا وجه للسقوط، و ان قصد به الاسقاط فلا مجال لهذا الاستدلال و ان كان مصداقا لإحداث الحدث فان قلنا بأن قاعده نفى الضرر ليس من شأنها اثبات الخيار فالامر ظاهر، و ان لم نقل بذلك فليس ما أفاده الاستاذ على ما ينبغى، لان احداث الحدث لو منع من الرد و يكون الامساك ضرريا لا مانع من التمسك بالقاعده، اذ لو فرض أنه قد يتوجه الضرر و قد لا يتوجه تكون القاعده رافعه للضرر فيما يكون ضرريا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۶

...

الا أنه يقال: هذا خلف، فانه لو فرض أن تخلف الغرض الشخصى ضرر يكون الحكم بعدم الرد واردا فى مورد الضرر، و لا مجال لرفعه بالقاعده، اذ القاعده وارده فى مورد الضرر. و الذى يسهل الخطب أن تخلف الغرض الشخصى ليس ضررا فلا تشمله القاعده.

**(و منها) حدوث عيب فى المعيب بعيب غير موجب لنقصان القيمه.**

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يشكل الحكم بسقوط الرد، لان المشترى يتضرر بامساك المعيب، و النص الدال على سقوط الرد بحدوث العيب يدل على سقوطه فيما يكون الرد موجبا للأرش، و فى المقام لا أرش، و لو فرض التعارض بين ضرر المشترى مع ضرر البائع بالصبر على المعيب بالعيب الجديد يكون المرجع أصاله جواز الرد، فالقاعده تقتضى جواز الرد، الا أن يمنع عنه الاجماع، و هو غير متحقق فى المقام، بل المفيد مخالف فى أصل المسأله.

و فيما أفاده قدس سره مواقع للنظر:

الاول- ان ما أفاده من أن المستفاد من النص أن سقوط الرد فيما يكون الارش ثابتا، فانه يرد عليه أولا أنه يستفاد من النص الوارد فى المقام كروايه زراره

أمران: أحدهما سقوط الرد بحدوث حدث فى المبيع، و ثانيهما ثبوت ما به التفاوت بعنوان الغرامه على البائع. و أما الارتباط بين الامرين بحيث يكون سقوط الرد مشروطا بثبوت الارش فلا يستفاد فلاحظ، فلو فرض عدم نقص بواسطه العيب الموجود فلا موضوع للأرش كما هو ظاهر.

و ثانيا- انه لا دليل على الرد الا النص الدال على الخيار على النحو الخاص و فيما لا يكون العيب موجبا للنقص، فلا دليل على الخيار.

و بعباره اخرى: المستفاد من النص الوارد فى المقام أمور ثلاثه: ثبوت الرد بالعيب السابق، و سقوط الرد بحدوث الحدث، و ثبوت الارش. و هذه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۷

...

الامور مرتبط بعضها ببعضها الاخر، فلو قطع النظر عن النص الدال على الخيار بهذا النحو فليس لنا نص دال على ثبوت الخيار، و القاعده الاوليه تقتضى اللزوم الا أن يتمسك بالشرط الارتكازى، و هو غير خيار العيب الثابت بالتعبد.

و أما حمل النص على الغالب، اذ الغالب فى العيب أن يكون موجبا للنقص فلا ينفى الخيار من الفرد النادر كما فى كلام الاستاذ. فغير سديد، اذ لو سلمنا كون النص ناظرا الى الغالب لا يكون للخيار فى الفرد النادر دليل.

الثانى- انه لا موقع للتمسك بحديث نفى الضرر، فانه على فرض دلالته على مذهب المشهور انما يشمل موردا يكون فيه ضرر، و المفروض أنه ليس فيه ضرر مالى، و أما الضرر الغير المالى- أى عدم ترتب نظر المشترى- فهو أمر مشترك بين جميع موارد السقوط، و حيث ان الدليل الدال على سقوط الرد ورد فى مورد الضرر لا مجال للتمسك بحديث نفى الضرر.

الثالث- أنه بعد تعارض الضررين لا تصل النوبه الى أصاله جواز الرد، فانه ان كان

لـدليل الرد اطلاـق يشـمل المقـام فهو و الاـ المرجع عموم وجوب الوفـاء بالعقـد، فـانه لاـ تصـل النوبه الى الاصـل ما دام الاماره موجوده.

و الحق فى المقـام أن يقـال: انه لو كـان الحـدث الحـادث فى المعيب بفعل المشترى يكون الرد ساقطا و لا أرش، لان المفروض عـدم نقصـان فى القيمه، و ان لم يكن بفعله يكون الرد جـائزا غـايه الامر يكون المشترى ضامنا للنقص الحاصل فيه حيث أنه فى ضمانه.

**(و منها) ثبوت احدى مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا،**

و المقصود من المانعين التصرف و حدوث العيب فى العين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۳۸

...

و الكلام يقع تاره فيما يقتضى الحق و أخرى فيما أفاده الشيخ قدس سره و ثالثه استظهار مراد العلامه من كلامه.

أما الحق فى المقام كما ذكرنا سابقا ان أخـذ الارش لا يرتبط بالربا فانه غرامه شـرعيه و ليس داخلا تحت العنوان المحرم، و عليه لو سقط الرد تصل النوبه الى اخذ الارش بلا اشكال.

و أما الشـيخ قـدس سره فقـد أفاد بأن المشترى لما أقـدم على المعامله الربويه فقـد أقـدم على اسـقاط أخذ الارش، فاذا تصـرف خصوصا بعد العلم بالعيب تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف لزم العقد.

و يرد عليه: ان الحكم الشـرعى كـذلك أول الكلام، و ثانيا لا يصدق الاقدام الا مع العلم بالحكم الشـرعى، و ثالثا التصـرف أعم من الرضا كما مر، و رابعا قد مر أن الرد يسقط فيما يثبت الارش فما أفاده غير تام.

ثم انه لو تنزلنا و قلنا بأن الارش لا يجوز أخذه للزوم الربا و قلنا بأن الرد يسقط و لو مع عدم الارش، فهل يمكن منع الرد بحديث نفى الضرر أم لا؟

ربما يقال: بأنه يمكن، اذ المفروض أنه توجه الى المشترى ضرر مالى غير قابل

للتدارک، فیجوز أن یدفع سقوط الرد بحدیث لا ضرر. و لکن یرد علیه:

ان الضرر حصل بالمعامله و الخیار یتدارک بالضرر و حدیث لا ضرر ینفی الضرر لا أنه یوجب التدارک.

و هذا فی المانع الاول و هو التصرف، و أما المانع الثانی- أی حدوث الحدث- فقد أفاد الشیخ بأنه لو قلنا بأن الرد یسقط حتی فیما لا یجوز أخذ الارش فیوجب سقوط الرد و الا فلا. و قد ظهر مما ذکرنا أن مقتضی القاعده المستفاده من روایه زراره أن الحدث لو کان بفعله یسقط الرد و لو لم نقل بجواز

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۳۹

...

أخذ الارش، و قد عرفت أنه یجوز أخذ الارش لعدم الربا و ان لم یکن بفعل المشتری فلا مقتضی للسقوط.

و أما العلامه فقد ذکر فی التذکره وجها آخر لعدم جواز الرد، و هو انه اما یرد بلا زیاده للنقص الحاصل و اما أن یرد مع شی ء بدل عن الفائت، أما علی الاول فیلزم ضرر البائع و أما علی الثانی فیلزم الربا، لان المردود حینئذ یزید علی وزن عوضه.

و أفاد الشیخ فی ذیل کلام العلامه و توجیه مقالته: بأن رد المعیب حیث أنه بفسخ المعاوضه- و مقتضی المعاوضه فی المقام ان لا یحصل شی ء فی مقابل وصف الصحه- وجب رد العوض بلا زیاده، و لذا یبطل التقایل مع اشتراط الزیاده و النقیصه. و مراد العلامه بلزوم الربا اما فی العقد و اما فی الفسخ، و الاولی الاول.

هذا ملخص کلام الشیخ.

و یرد فیه: ان ظاهر کلام العلامه هو الثانی حیث قال: ان المردود یزید وزنه مضافا الی أنه لا معنی لجعل العقد ربویا، فانه وقع غرریا، و الشی ء لا ینقلب عما هو علیه،

فمراد العلامه لزوم الربا فى الفسخ. و هو أيضا غير صحيح، فان الفسخ لا يكون معاوضه بل حل للعقد، و على فرض كونه معاوضه فانما يكون فيما تقايلا، اذ هو برضى الطرفين فيشبه المعاوضه. و على فرض التنزل لا يكون الارش عوضا حتى يلزم الربا بل هو غرامه شرعيه لا يرتبط بالعوض.

و أما ما أفاده الشيخ من الفرق بين وصف الصحه فى الربويين و غيرهما فليس كذلك، فان وصف الصحه لا يقابل بالمال مطلقا، بل وصف الصحه دخيل فى زياده قيمه العين.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۰

...

و محصل الكلام فى المقام: انه لا مانع من أخذ الارش، فانه ليس إلا غرامه شرعيه، و لا يرتبط بمسأله الربا، و ان ضمان المشترى للعيب الحادث ليس ضمانا معاوضيا بل ضمان يد، و لا ينافى كون العين ملكا للمشترى، كما أن تلف العين فى ملكه و مع ذلك لو فسخ يكون ضمان العين ضمان اليد لا ضمان المعاوضه و أما نسيان الكتابه فأيضا بحسب القاعده يوجب الضمان لكون اليد يد ضمان الا أن يقوم اجماع تعبدى على خلافه.

و مما ذكر ظهر ما فى كلام المصنف من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالسوم بأن التلف فى الثانى يكون من مالكه و فى المقام يكون التلف فى ملك المشترى فلا يقاس أحد المقامين بالاخر. فان ما أفاده غير تام، اذ مقتضى الضمان بعد الفسخ أن يعتبر ملكا لمالكه ثم تلفه فيكون مثل المقبوض بالسوم.

**(و منها) التأخير بمقتضى الخيار،**

و ما ذكر فى وجه السقوط به أمران: أحدهما أن عدم اعمال الخيار اسقاط له، ثانيهما أنه لا دليل على التراخى، و مقتضى وجوب الوفاء بالعقد الاقتصار على القدر المتيقن.

و الذى يقتضيه التحقيق أن

يقال: ان مجرد عـدم اعمال الخيار لا يقتضـى سـقوطه، و أما الاقتصار على القـدر المتيقن و الاخـذ بالعام فيما زاد و فيما شك ان كـان صـحيحا فانه لا تصل النوبه الى استصـحاب حكم الخاص مع وجود العام، لكن نقول: مقتضـى دليل الخيار بقاؤه متراخيا، و مقتضاه عدم السـقوط الا أن يتحقق أحد المسـقطات. نعم لو لم يسـتفد الاطلاق من دليل الخيار لا بد من الحكم باللزوم لوجوب الوفاء بالعقد، و أما الاجماع التعبدى فلا يتحقق، و على فرض التنزل و الالتزام بسقوط الرد بالتأخير فلا وجه لسقوط الارش.

و لا يخفى أن مسأله الغش من حيث حكمه التكليفى و الوضعى قد مرت

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۱

قوله: مسائل فى اختلاف المتبايعين (۱).

فى المكاسب المحرمه، فلا وجه لإعادتها، و لذا نرسل عنان الكلام الى التكلم فى مسائل الدعاوى و اختلاف المتبايعين.

**[مسائل فى اختلاف المتبايعين]**

**اشاره**

أقول: الكلام فيه يقع تاره فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثه فى الفسخ،

**أما الاول [الاختلاف فى موجب الخيار]**

**اشاره**

ففيه مسائل:

**(الأولى) لو اختلفا فى أصل العيب و عدمه و لم يمكن تبين الحال لتلف أو غيره،**

فالقول قول منكره مع يمينه. و الوجه فيه ظاهر و لا يحتاج الى البحث فانه بحسب الطبع الاولى المدعى للخيار هو المشترى و عليه اقامه البينه، و المفروض عدم امكانها.

**(الثانيه) انه لو اختلفا فى كون الشى ء عيبا و تعذر تبين الحال،**

أفاد الشيخ بأن حكمه كسابقه. نعم لو علم بأنه نقص يكون للمشترى الرد، و أما الارش فلا لأصاله البراءه.

لا يخفى أنه لو قلنا بأن مطلق ما يوجب النقص فى العين يكون عيبا فلا موضوع لهذا البحث كما هو ظاهر، و أما لو قلنا بأن العيب أخص من النقص فلهذا البحث مجال، و لذا يتوجه اشكال الى الشيخ، و هو: أنه لا وجه للتفرقه بين جواز الرد و عدم جواز أخذ الارش، فان الموجود فى العين اما عيب و اما ليس عيبا، أما على الاول فيترتب عليه الامران، و أما على الثانى فلا عليه شىء منهما.

و أما الحكم بالخيار بمقتضى تخلف الشرط كما فى كلام الاستاذ على ما فى التقرير، فيرد عليه أن الكلام فى الخيار الثابت بحكم الشرع لا المجعول بجعل المتعاقدين. و التحقيق أن يقال: بأنه مع الاختلاف بينهما فى كون الموجود

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۲

...

عيبا و عدمه القول قول منكر الخيار، لأصاله عدم كونه عيبا، فان العين قبل وجودها لم تكن معيوبه و الاصل عدم تكونها معيوبه أيضا، و مع احراز الموضوع بهذا الاصل يكون عموم وجوب الوفاء محكما. نعم لو أنكرنا جريان الاصل فى الاعدام الازليه أو لم يجر الاصل لجهه أخرى لا يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء، لكن مقتضى الاستصحاب أيضا عدم الخيار، فان استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ معناه عدم الخيار، كما أن مقتضى أصاله عدم الانتقال بعد الفسخ معناه عدم تحقق الخيار كما هو ظاهر.

و ربما يقال:

بأن ما أفيد انما يتم فيما لو كانت الحاله السابقه الصحه أو يكون المبيع مجهول الحال، و أما لو كانت الحاله السابقه العيب و كان المبيع معيبا فمقتضى استصحاب بقاء العيب وقوع العقد على المعيب و يكون القول قول المشترى و يثبت له الخيار.

و الذى ينبغى أن يقال فى هذا المقام: ان الموضوع للحكم اذا كان أمرا بسيطا كعنوان تخلف الشرط مثلا لا يمكن احرازه الا بالاصل المثبت، و أيضا لو كان الموضوع مركبا من المعروض و العرض و كان الاتصاف دخيلا في الموضوع لا أثر للاستصحاب، فانه مثبت. و أما لو كان الموضوع مركبا بحيث يستفاد من الدليل أنه اذا تحقق هذا المركب بحيث لا يكون الدخيل فى الموضوع الا وجود هذه الاجزاء فطبعا يترتب على استصحاب بقاء العيب تماميه الموضوع، و المستفاد من قوله عليه السلام «ايما امرء اشترى شيئا و به عيب و عوار» أن الموضوع للخيار تحقق شراء شى ء و وجود عيب فى ذلك الشى ء، فببركه الاستصحاب يحرز بقاء العيب فى الشى ء فيصدق موضوع الخيار، فانه من موارد احراز الموضوع بعضه بالوجدان و بعضه الاخر بالاصل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۳

...

### (الثالثه) لو اختلفا فى حدوث العيب– بأن قال أحدهما أنه حدث فى ضمان البائع و الآخر ينكره

#### اشاره

و هذا يتصور بنحوين: لأنه تاره يدعى المشترى أن العيب حدث قبل العقد و أخرى يعترف بحدوثه بعد العقد لكن يدعى حدوثه قبل القبض، و على كلا التقديرين القول قول منكر الخيار لكونه موافقا للأصل، فالاصل عدم تحقق عيب و عوار قبل القبض و الخيار.

ان قلت: لا يثبت صحه البيع بالاصل المذكور الا بالاصل المثبت.

قلت: انا لا نثبت الصحه بالاصل حتى يكون مثبتا، بل ننفى العيب و هو كاف لإثباته.

ان قلت: يمكن أن يقدم قول المشترى بأصاله عدم تحقق

العقد الى حين حدوث العيب.

قلت: مضافا الى أنه مثبت أنه معارض بأصاله عدم تحقق العيب الى حين العقد، حكى عن ابن جنيد: ان ادعى البائع أن العيب حدث عند المشترى حلف المشترى ان انكره لكونه موافقا للأصل. و قرب المصنف الاصل المذكور بوجوه ثلاثه: الاول أصاله عدم تسليم البائع العين الى المشترى على الوجه المقصود، الثانى أصاله عدم استحقاق البائع تمام الثمن، الثالث أصاله عدم لزوم العقد.

الا أن الوجوه الثلاثه مخدوشه كلها، أما الاول ففيه: أولا انه لا يثبت الخيار للمشترى الا بالقول على الاصل المثبت، و ثانيا منشأ الشك فيه عباره عن حدوث العيب فى المبيع و عدمه، و أصاله عدمه محكم على أصاله تسليم البائع العين على الوجه المقصود.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۴

...

و أما الثانى: فانه لا شك فى استحقاق البائع تمام الثمن، و أما ما يؤخذ منه عند كون المبيع معيوبا غرامه شرعيه، مضافا الى أن الاصل المذكور لا يجرى فى المقام، لوجود الاصل السببى المقدم عليه، و هو أصاله عدم حصول العيب الى حين العقد و القبض.

و أما الثالث: فان مقتضى وجوب الوفاء لزوم العقد، مضافا الى أن من آثار عدم لزومه جواز الانتقال بفسخ الاخر، و هو منفى بأصاله عدم الانتقال. فتحصل أن قول المنكر- و هو البائع- مقدم باليمين.

ثم ان العلامه قدس سره قال فى التذكره: بأنه لو أقام أحدهما البينه عمل بها، و لو أقاما بينه عمل بينه المشترى، لان القول قول البائع لأنه منكر، فالبينه على المشترى.

و ما أفاده قدس سره مبنى على سقوط اليمين عن المنكر، و هذا محل الكلام بين الاعلام، فان قلنا بأن وظيفه المنكر اليمين بمقتضى قوله «البينه على المدعى و

اليمين على من أنكر» فـانه يسـتفاد منه اختصـاص البينه بالمـدعى و اختصاص اليمين بالمنكر فلا أثر لإقامه البينه كما هو ظاهر، و أمـا لو قلنا بأن ما يختص بالمـدعى مطالبته بخصوص البينه و أما بالنسـبه الى المنكر فيقبل منه كل من الامرين فله اقامه البينه كما أن له اليمين، و عليه لو قاما بينه فربما يقال بتقـديم بينه المنكر لاعتضادها بالاصل، و ربما يقال بتقـديم بينه المدعى لاختصاصـها به.

و فى كلا الوجهين نظر: أما الاول فلان الاصل اما غير محرز و اما محرز، اما على الاول فلا وجه للتعاضد، فانه وظيفه للشاك و لا يكون كاشـفا عن الواقع فـأين التعاضـد، و أمـا على الثـانى فأيضـا لاـ ترجيـح لعـدم الـدليل، و أما الثانى ففيه أن مجرد اختصاص المدعى بالمطالبه بالبينه لا يدل على رجحان بينته، بل مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۵

...

التعارض الواقع بينهما التساقط و الرجوع الى أصل آخر لفظى أو عملى، و لكن فى المقام روايات تدل على تقديم بينه الخارج.

ثم ان الشـيخ قـدس سـره أفاد بأنه لو حلف البائع لا بد أن يحلف على عدم تقدم العيب أو على نفى اسـتحقاق الرد و الارش فيما اختـبر المبيع و اطلع على خفايـا أمره، كمـا يحلف على الاعسـار و العـداله بعـد الاختبـار، و أمـا لو لـم يختبر المبيع فهـل يجوز له الحلف استنادا الى أصاله عدم التقدم؟ وجه احتمله فى جامع المقاصد.

و أورد عليه الاسـتاذ دام ظله على ما فى التقرير: بأنه لا وجه له أصـلا، اذ الانكار لا بد أن يتعلق بما يدعيه المدعى، فلو ادعى زيد أن تلك الدار الكذائيه ملكك له و المنكر يحلف أن ذلك البستان ليس له فلا شبهه

فی عدم ترتب أثر علی هذا الحلف. و من الظاهر أن الحلف المستند الی الاصل حلف علی الحکم الظاهری المستفاد من الاصل و المدعی یدعی الحکم الواقعی، ففی المقام ان المدعی یدعی أن لی الخیار واقعا و المنکر یحلف بأنه لیس لک الخیار ظاهرا.

اذا عرفت هذا نقول: تاره یدعی المدعی کون الطرف عالما بالحال، فانه لا شبهه فی کفایه الحلف علی نفی العلم. و الوجه ظاهر و أما لو ادعی الواقع ففیه وجوه: منها جواز الحلف علی البت علی نفی المدعی، و منها ایقاف الدعوی، و منها الحلف علی نفی العلم، و منها رد الحلف الی المدعی.

اذا عرفت ذلک نقول: الظاهر أنه لا مانع من الحلف مستندا الی الاصل فیما یکون الاصل محرزا کالاستصحاب، و قاعده الفراغ و التجاوز ان لم تکن، أماره و ذلک لما قررنا فی الاصول من قیام الاستصحاب مقام القطع الطریقی، و یؤیده ما ورد «۱»

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۸ الباب ۱۷ من أبواب الشهادات.



قوله: فرع لو باع الوکیل فوجد المشتری عیبا یوجب الرد رده علی الموکل (۱).

عنهم علیهم السلام من جواز الشهاده مستندا الی الاصل، فانه لو کانت الشهاده جائزه مستنده الی الاصل فیجوز الحلف، و الانکار بطریق أولی.

لکن الانصاف أن فی الاولویه نظرا لکن یکفی لجواز الاستصحاب و قیامه مقام القطع.

ثم أنه هل یفرق بین المقام و بین الحلف علی الطهاره مستندا الی أصاله الطهاره، ربما یقال کما أفاده الشیخ بأنه یجوز فی مورد الطهاره بتقریب: ان المفهوم من الطهاره فی استعمال المتشرعه ما یعم غیر معلوم النجس.

هذا، و لکن الحق عدم الفرق، فانه اذا کان البحث عن مقام الاثبات فیتناسب أن یقال بأن

المتفاهم من هذا اللفظ كذا، و أما البحث فى المقام ليس كذلك، بل البحث يكون فى أنه يجوز الحلف على عدم ما يدعيه المدعى مستندا الى الاصل أم لا، و لا بد فيه من التفصيل بين الاصل المحرز و غيره.

و أما ما أفاده قدس سره من الاستناد الى روايه حفص «۱» فهو يدل على جواز الحلف بالملكيه مستندا الى اليد، و من الظاهر أن اليد أماره لا اصل.

فظهر مما ذكرنا أنه يجوز الحلف مع الاصل التنزيلى و عدمه مع عدمه، و عليه لا وجه للاكتفاء بالحلف على نفى العلم، كما أنه لا وجه لايقاف المدعى، فلا بد من اعمال موازين القضاء بأن يحلف أو ينكل، و على فرض النكول يرد الحلف الى المشترى.

**[فرع لو باع الوكيل فوجد المشترى عيبا يوجب الرد رده على الموكل]**

أقول: و الوجه فيه واضح، فانه المالك و الوكيل نائب عنه انتهت وكالته

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب أحكام العيوب، الحديث ۱.



...

بالبيع. و لا يخفى أن نظره قدس سره الى الوكاله الموقته لا حتى بعد العقود فى الشئون المتعلقه بالمال، و لو اختلف الموكل و المشترى فى قدم العيب و حدوثه يحلف الموكل على عدم التقدم، و لا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لان المفروض أنه أجنبى عنه.

ان قلت: لا بد من قبول قوله لقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به.

قلت: فان كون العين معيبا أو غير معيب لا يرتبط بمورد وكالته، فانه وكيل فى البيع و مالك للبيع، فلا بد من العمل على طبق الموازين الاوليه. و اذا كان المشترى جاهلا بالوكاله و لم يتمكن الوكيل من اقامه البينه، فادعى المشترى على الوكيل بقدم العيب، فان اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الرد الى الموكل،

لان اقراره ادعاء على الموكل و لا يقبل الا بالبينه، و له احلاف الموكل على عدم السبق، فلو رد اليمين و حلف الوكيل ألزم الموكل. و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الظلامه التى تلزمه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل، اذ الموكل لو اعترف يرد اليه.

و هل للمشترى تحليف الموكل؟ الظاهر لا لان المشترى يدعى الوكيل و ادعاؤه عليه يستلزم انكاره بالنسبه الى الموكل و تحليفه اقرار منه، لكن يمكن أن يقال: فرق بين صوره ادعاء القطع بأن البائع مالك فلا يجوز و بين صوره عدم القطع و الاخذ باليد فيجوز احلاف كل منهما، لكن احلاف كل منهما يسقط الحق، و لا يجوز له احلاف الاخر لان الدعوى واحده.

ثم لو لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشترى اليمين المردوده و رد العين على الوكيل، فهل للوكيل ردها على الموكل؟ وجهان، بناهما فى القواعد على حسب نقل الشيخ قدس سره على أن اليمين المردوده كالبينه فينفذ فى حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۸

قوله: الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع (۱).

الموكل، أو كإقرار الوكيل فلا ينفذ.

و يمكن أن يقال كما عن جامع المقاصد: بأن كونه كالبينه لا يستلزم نفوذه فى مورد الموكل، لان المفروض أن الوكيل معترف بعدم سبق العيب، الا أن يكون مستنده فى النفى الاصل، فلا يتوجه الاشكال من ناحيه الاقرار، لان الاقرار مبنى على الاصل العملى الذى لا موضوع له مع الاماره.

و عن مفتاح الكرامه أن الاعتراض مبنى على كون اليمين المردوده كبينه الراد، و ما يختلج بالبال أنه لو كان انكاره مبنيا على العلم فلا يجوز له الرد على الموكل،

لأنه معترف بعدم السبق، و أما لو كان مبنيا على الاصل فبعد قيام البينه لا مجال للإشكال، لأنه مع البينه لا موضوع للأصل.

**[الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]**

أقول: و الوجه فيه أنه مقتضى أصاله عدم ثبوت حق للمشترى عليه، و بقاء الملكيه بعد الفسخ. هذا فيما يكون الاختلاف فى أصل الخيار، و أما لو لم يكن فى أصل الخيار، لكن البائع ينكر أن العين المردوده ملكه و يقول بأنه بدل العين المبتاعه بغيرها، فاحتمل العلامه فى التذكره و القواعد أن القول قول المشترى، و نسبه فى التحرير الى القيل لاتفاقهما فى أصل الخيار و احتمل أن القول قول البائع.

و أفاد الاستاذ على ما فى التقرير بأن المقام يفترق عن المسأله السابقه، اذ فى المقام أصل الخيار معلوم، و مع وجود الخيار للمشترى فسخ العقد، و بعد الفسخ تنتقل العين الى البائع و الثمن الى المشترى، غايه الامر ان البائع يدعى خيانه المشترى و عليه الاثبات. نعم لو لم يدفع المشترى العين للبائع أن يتملك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۴۹

...

الثمن تقاصا، لكن المفروض أن المشترى يدفع العين، فعلى البائع اقامه البينه فالقول قول المشترى، و ما أفاده العلامه تام.

و فيه: أن ثبوت الخيار ليس ملازما لكون المدفوع عين المبيع، و الاصل يقتضى عدم كون المدفوع مبيعا فكيف يكون القول قول المشترى، و أصاله عدم خيانه المشترى لا تقتضى كون المدفوع هو المبيع الا بتقريب الاثبات.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأنه يمكن الفرق بين الفرعين بأنه مع ثبوت الخيار فكأن البائع جعل المشترى أمينا و ليس على الامين الا اليمين، و لا يجوز اتهامه بخيانته فى التبديل، بخلاف الفرع الاول حيث أن الخيار ليس مورد الاتفاق، و فى آخر كلامه

أمر بالتأمل بقوله: فتأمل.

و فيه: انه ليس هذا التقريب تاما، فان العين ملك للمشترى لا أنها أمانه عنده و لا وجه لقبول قوله، و الظاهر أن السيد لم يرتضى به، بل مقصوده مجرد ابداء الاحتمال.

و أما توجيه كلام العلامه بأن ظاهر حال المسلم عدم الخيانه، ففيه:

أولا- أنه يمكن أن يفرض المشترى غير مسلم، فالدليل أخص من المدعى.

و ثانيا- ان هذا الاصل لو كان مؤثرا يلزم الحكم بعداله جميع المسلمين ما دام لم يحرز فسقهم، و هو كما ترى. و منه ظهر أنه لو كان المراد أن الخيانه خلاف الاصل، فأيضا لا أثر له، لان الاصل و ان كان مقتضيا لعدم الخيانه لكن لا يثبت به كون العين المدفوعه هى العين المبيعه. و أما أصاله بقاء الخيار لا تقتضى ابقاء هذا الحق للمشترى و لا ملازمه بين بقاء الخيار و كون هذا العين هى العين المعهوده. نعم لو علمنا من الخارج بأنه لو كان الخيار باقيا يكون العين هى العين المعهوده و قلنا بأن الاصل يثبت لوازمه لكان لهذا المقال مجال، و لكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۰

قوله: و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط ففيه أيضا مسائل (۱).

كيف يمكن الالتزام به.

## [أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]

### الاولى: لو اختلفا فى علم المشترى بالخيار

فالقول قول منكر العلم فيثبت الخيار، و هذا ظاهر لا يعتريه ريب.

### الثانيه: انه لو اختلفا فى زوال العيب قبل العلم به

بأن قال أحدهما ببقائه و ثبوت الخيار و قال الاخر بزواله قبل العلم بناء على أن زواله قبل العلم فى حكم عدم العيب- يقدم قول مدعى الخيار، اذ العيب مطلقا يقتضى الخيار، غايه الامر لو زال قبل العلم لا يثبت.

و أما لو اتفقا على العيب لكن عرض عيب آخر للعين عند المشترى ثم زال أحدهما فقال البائع الزائل هو العيب القديم فلا خيار لا ردا و لا أرشا، لان العين ليست قائمه بعينها، و قال المشترى الزائل هو العيب الحادث فلى الرد و الارش.

ربما يقال: بأن القول قول المشترى، لان مقتضى الاصل بقاء العيب القديم، و لا يعارضه بقاء العيب الحادث، لان بقاء العيب الحادث لا يثبت زوال القديم الا بنحو الاثبات.

و لكن يرد فيه بناء على مسلك القوم بأن شرط جواز الرد بقاء العين بعينها، و هذا الشرط غير معلوم، و استصحاب بقاء العيب الحادث لا يثبت هذا العنوان الاعلى نحو الاثبات، فلا حق للمشترى الا أخذ الارش، و عن الشافعى التحالف بتقريب أن مقتضى أصاله بقاء القديم ثبوت الرد و الارش و مقتضى أصاله بقاء الجديد الارش و سقوط الرد، فيسقط ادعاء منهما و يثبت مقتضى الاصل، و هو الارش لأنه القدر المتيقن و لا يلزم مخالفه عمليه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۱

...

و هذا التقريب غير تام، لان المشترى ينفى الرد و الارش، اذ يدعى زوال العيب القديم، و البائع يدعى زوال العيب الحادث فيدعى عدم مانع من الرد، فليس فى البين قدر معلوم. نعم يمكن تقريب المدعى بأن يقال مقتضى تعارض القولين تساقطهما، فتصل النوبه الى الاصل، و الاصل

بقاء الارش بعد التساقط.

و الحق أن يقال: ان أصاله بقاء العيب السابق يقتضى الرد و الارش و أصاله بقاء العيب الجديد لا يعارضه، لأنه على ما سلكناه لا يشترط فى اعمال الخيار بقاء العين بحالها. نعم لو قلنا بأن زوال العيب القديم يقتضى سقوط الخيار فاستصحاب بقاء العيب الجديد يستلزم ارتفاع العيب القديم بالاستلزام العقلى، لكن لا أثر لهذا الاصل لأنه مثبت.

**الثالثه: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشترى فالخيار ساقط و ادعى المشترى سبقه فالخيار باق،**

فعن الدروس انه كالعيب المنفرد بأن القول قول البائع.

و فيه: انه فرق بين المقامين، اذ فى ذلك النزاع يكون القول قول البائع لأنه ينكر الخيار و الاصل عدمه، و فى المقام الخيار قطعى و الكلام فى مسقطه.

و من الظاهر ان أصاله تأخر الحادث لا يثبت حدوثه عند المشترى الذى يكون موضوعا للحكم، بل القدر المستفاد من الاصل عدم تقدمه.

ثم لو ادعى البائع زياده العيب عند المشترى و أنكره المشترى، القول قول المشترى. و لا يخفى أن الكلام فيما يكون الاختلاف فى الزياده، و أما لو كان الاختلاف فى أصل الزياده فلا شبهه فى أن القول قول المشترى.

و لا يخفى أن ما ذكرناه من الاشكال من أن احراز قيام العين بحالها فى غايه الاشكال، فان هذا العنوان لا يحرز الا أن يقال: بأن أصاله بقاء العين على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۲

...

ما كانت تقتضى جواز الرد بدون أن يتوجه اشكال الاثبات.

**الرابعه: لو اختلف فى البراءه**

بأن أدعى البائع انا برئت من كل عيب فيه و انكره المشترى، قدم قول المشترى لأصاله عدم البراءه. نعم فى المقام روايه تدل على تقديم قول البائع، و هى مكاتبه جعفر بن عيسى قال: كتبت الى ابى الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فاذا اشتراه المشترى و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فيه، فاذا زهد فيه ادعى عيوبا و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشترى لم أسمع البراءه منها أ يصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق؟

فكتب عليه السلام: ان عليه الثمن ... «۱».

و استشكل الأردبيلى بأنها لا يلتفت اليها

لضعفها مع الکتابه و مخالفه القاعده و قال المصنف فی مقام رده: و فیه نظر، لعل کان وجه النظر ان الکتابه لا تضر و أما الضعف فقد انجبر بعمل الاصحاب. و فیه: قد عرفت ان ضعفه لا ینجبر به.

ذهب الکفایه الی أن الروایه مؤیده لقاعده البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر، و قد تنظر الشیخ فیه. یمکن أن یکون وجه النظر أن الروایه علی خلاف القاعده المشار الیها، لان المدعی فی المقام هو البائع لا المشتری و ما أفاده متین فی المقام.

و فی الحدائق کلام فی المقام، و هو: أن الروایه تکون علی خلاف القاعده الداله علی تقدیم قول المشتری، لان انکار المشتری انما وقع مداله لعدم رغبته فی المبیع و الا فهو عالم بتبری البائع، و أما علیه السلام انما ألزمه بالثمن من هذه الجهه.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب احکام العیوب، الحدیث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۵۳

قوله: و أما الثالث ففیه مسائل (۱).

و فیه: أن ما ذکره خلاف ظاهر الروایه، فان ظاهرها استعلام من یقدم قوله و ربما استشکل أیضا علی دلاله الروایه أن البراءه من العیوب عند نداء المنادی لا یجدی، لأنه وقع قبل الایجاب، فان البراءه یعتبر وقوعها فی متن العقد.

و فیه: أنها و ان لم تذکر فی متن العقد صریحا الا أن المعامله وقعت مبنیه علیها و هو کاف فی المقام. و الحاصل ان الروایه من حیث الدلاله لا بأس بها الا أنها ضعیفه بجعفر بن عیسی فانه لم یوثق.

**الخامسه: لو ادعی البائع رضی المشتری به بعد العلم أو اسقاط الخیار أو تصرفه فیه أو حدوث عیب عنده و أنکره المشتری**

فالقول قول المشتری مع حلفه، لأصاله عدم هذه الامور.

**[و أما الثالث فی اختلاف المتبایعین فی الفسخ]**

**اشاره**

أقول: یقع الکلام فی اختلاف المتبایعین فی الفسخ فی ضمن مسائل:

**(الاولی) لو اختلفا فی الفسخ فادعاه المشتری و انکره البائع،**

تاره يكون الـدعوى فى زمن الخيار و أخرى بعـد انقضاء زمان الخيار. أفاد المصـنف ان كان الخيار باقيا للمشترى انشأ الفسخ، و هذا الكلام بظاهره غير صحيح، لان الكلام فى ادعائه الفسخ لا فى جواز إنشائه و عدمه.

و نقـل عن الشـهيد أن اخباره بالفسـخ إنشاء للفسـخ. و فيه: انهما امران متغايران لا يرتبط أحـدهما بالاخر، نعم يمكن أن يسـتدل على المطلوب- و هو تقديم قول المشتري- بقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به، فان المشترى مالك للفسخ فاقراره به نافذ.

هذا كله اذا وقع الخلاف فى صوره بقاء الخيار، و أما اذا كان ذلك بعد انقضاء الخيار فهل يكون اخبار المشترى عن الفسخ نافذا أم لا؟ أفاد المصنف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۴

...

أن مدعى الفسخ يحتاج فى اثبات ذلك الى البينه. ربما يقال أنه يتمسك للمقام بقاعده الاقرار فلا يحتاج الى البينه.

و فيه: أنه لاـ يمكن التمسـك بالقاعـده المـذكوره فى المقـام، لأنها مختصه بما اذا كان امر الشـى ء بيـد المقر فكان اقراره نافـذا بالنسـبه اليه، و أمـا اذا لم يكن أمره بيـده فـاقراره غير نافـذ، و المقـام من قبيل الثانى، لان المفروض أن الخلاف وقع بعـد انقضاء الخيار فليس أمر الفسخ بيد المشترى بعد انقضاء زمان الخيار حتى يكون اقراره نافذا.

و اسـتدل المصنف قدس سره لنفوذ قول المشترى ببعض الاخبار «۱» الوارده فيمن أخبر بعتق مملوكه ثم جاء العبـد يدعى النفقه على ايتام الرجل و انه رق لهم، و هو ما رواه محمد بن عبد اللّه الكاهلى قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام كان لعمى غلام فأبق فأتى الانبار فخرج اليه عمى ثم

رجع. فقلت: ما صنعت يا عم فی غلامک؟ قال: بعته. فمکث ما شاء اللّه، ثم ان عمی مات فجاء الغلام فقال: «انا غلام عمک و قد ترک عمی أولادا صغارا و أنا وصیهم. فقلت: ان عمی ذکر أنه باعک. فقال: ان عمک کان لک مضار و أکره أن یقول لک فتشمت به، و أنا و اللّه غلام بنیه. فقال علیه السلام: صدق عمک و کذب الغلام فأخرجه و لا تقبله.

و استشکل السید علی الاستدلال بالروایه بأنه قضیه فی واقعه، فلعله کان مطلعا علی کذب الغلام.

و فیه: أنه خلاف الظاهر فلا یصار الیه الا بالدلیل، الا أنه مع ذلک لا یمکن الاستدلال بالروایه، لأنه یمکن أن یکون ذلک من باب قاعده الاقرار حیث أن العم فی حال حیاته أقر بنفی الرقیه.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۲۶ من أبواب بیع الحیوان، الحدیث ۱.



...

ثم انه اذا لم یثبت الفسخ فهل یثبت للمشتری المدعی للفسخ الارش أم لا؟

و الظاهر ثبوته، و لکنه یشکل حیث انه مقر بعدم استحقاق الارش. و یمکن أن یقال کما نقل عن الدروس بأنه یحتمل أن یأخذ أقل الامرین من الارش و ما زاد علی القیمه بأنه یؤخذ مقدار قیمه العین تقاصا، و یرد علیه أقل المقدارین لأنه راجع الیه علی کل تقدیر.

**(الثانیه) انه لو اختلفا فی تأخر الفسخ فیما یکون الخیار فوریا،**

ففی تقدیم مدعی التأخیر لبقاء العقد أو تقدیم مدعی الفوریه لأصاله صحه الفسخ؟ وجهان.

و الحق أنه یقدم قول مدعی صحه الفسخ، لا من جهه أصاله الصحه، فان جریان أصاله الصحه موقوف علی ثبوت الحق و المفروض أن صدور الفسخ لم یعلم زمانه، و یمکن أن یکون واقعا بعد مضی زمان الخیار، بل من باب استصحاب بقاء

حق الخيار الى زمان الفسخ. و لا يعارضه استصحاب عدم الفسخ، لأنه لا يترتب عليه الاثر الا بعد اثبات وقوعه بعد مضى زمان الخيار، و هذا مرجعه الى الاصل المثبت.

لكن يمكن أن يقال: بأنه يكفى استصحاب عدم الفسخ الى حين مضى زمان الخيار، فانه يكفى، اذ مقصود المنكر اثبات بقاء الخيار، فالمقام مقام التداعى.

و لو كانا متفقين فى زمان الفسخ و اختلفا فى زمان العقد، فربما يقال: بأن الاصل تأخر العقد، لكن لا يترتب عليه وقوع الفسخ فى أول زمان الخيار الاعلى نحو الاثبات.

**(الثالثه) لو ادعى الجهل بالخيار أو بالفوريه يسمع قوله ان احتمل،**

و ربما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۶

قوله: القول فى ماهيه العيب (۱).

يفصل بين الجهل بالخيار و فوريته بعدم السماع فى الاول و السماع فى الثانى.

**[القول فى ماهيه العيب]**

لا- يخفى أن العيب الذى يكون مدار الحكم أمر عرفى كبقيه الموضوعات العرفيه، و الظاهر أن المعيار بحسب الطبع الاولى ما يكون موجبا لنقصان الماليه أعم من أن يكون أمرا أصاليا أو تبعيا، و أعم من أن يكون بالزياده أو بالنقيصه و أعم من يكون عينيه أو وصفيه.

ثم انه أفاد السيد فى الحاشيه بأن العيب فى حد نفسه غير العيب فى مقام الماليه، فلو فرض ان عيبا لا يوجب نقصانا فى الماليه لترتب الغرض المطلوب منه لا يوجب الخيار لانصراف الادله الى العيب الموجب لنقصان القيمه. و لكن ليس الامر كذلك، فان الميزان بصدق العيب. نعم لا يثبت فى مفروضه الارش لعدم موضوعه.

ان قلت عليه: كيف عرفتم العيب بالنقص الموجب لنقصان القيمه.

قلت: هذا بحسب الطبع الاولى و بحسب الغالب، و من الظاهر أن مثل هذه التعريفات لفظيه لا حقيقيه و ارجاع الى الفهم العرفى. و لا يخفى أيضا أنه ربما يكون شى ء عيبا بالنسبه الى بلده دون أخرى أو فى زمان دون آخر فلكل حكمه. و الحاصل انه كبقيه الموضوعات تختلف بحسب الازمان و الامكنه.

و حيث ان القضيه حقيقيه يلزم ملاحظه صدق الموضوع، فكلما صدق يترتب عليه الحكم و الا فلا. نعم اذا ثبت بالدليل المعتبر

فی مورد نفیا و اثباتا نأخذ بذلک المورد، و فی المقام روایه «۱» یستفاد منها أن العیب عباره عن الزیاده أو النقیصه من الخلقه الاصلیه، و هی ما رواه السیاری، و محل الشاهد فی الروایه ما عن النبی صلی اللّه علیه و آله

أنه قال: «كل ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱ من ابواب أحكام العيوب.



قوله: القول فى الارش (۱).

قوله: ثم ان ضمان النقص تابع فى الكيفيه لضمان المنقوص (۲).

نقص فهو عيب»، و هذه روايه ضعيفه بالسيارى و ارسالها.

**[القول فى الأرش]**

**اشاره**

أقول: لا يبعد أن يكون الارش فى اللغه عباره عن المال الذى يجبر به نقص حاصل فى المال أو البدن، و المراد بالنقص نقص وصف الصحه، كما أن أجره المثل اسم لعوض المنفعه الفائته، و القيمه اسم لبدل العين الفائته.

و بعباره أخرى: هذه الثلاثه داخله تحت جامع واحد، و هو المعبر عنه بالعوض فان كان العوض عوضا للعين تسمى «قيمه»، و ان كان منفعه تسمى «اجره»، و ان كان وصف صحه تسمى «ارشا».

فعليه يكون المعنى الشرعى مطابقا للمعنى اللغوى، اذ يطلق فى الشرع على عوض وصف الصحه الفائت، أعم من أن يكون ذلك النقص فى البدن أو فى المال و لم يكن له مقدار فى الشرع.

**[فى أن ضمان النقص تابع فى الكيفيه لضمان المنقوص]**

أقول: يقع البحث فى أن هذا الضمان ضمان يد أو ضمان معاوضه أو ضمان ثالث، و لا وجه لكونه من ضمان اليد، اذ المفروض أن العين فى يد مالكها و بالانتقال الاعتبارى الى ملك الطرف يثبت الضمان فلا يكون مرتبطا بضمان اليد. و الظاهر كونه معاوضه لا أقول بأنه يقع مقدار من العوض فى مقابل وصف الصحه، فانه خلاف التحقيق، بل أقول انه ضمان معاوضه لبا، بمعنى يجعل مقدار من العوض بحسب اللب الواقع فى قبال وصف الصحه بلا اشكال، و لذا فى مقام الدعوى أو بمناسبه أخرى يقول: بأن دفعت هذا المقدار الكثير زائدا لأجل ذلك الوصف.

و هذا مما لا شبهه فيه، و الدليل عليه انه لو حكم بالضمان يتبادر الى الذهن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۸

قوله: نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن (۱).

ذلک المقدار من الثمن لا القيمه الواقعيه، فانه خلاف الارتكاز، و لعل هذا بمرتبه من الظهور لا يحتاج

الى البحث و القيل و القال.

و لكن الحق أن يقال: انه ليس ضمان يد كما ذكرنا و ليس ضمانا معاوضيا لان المفروض أنه لم يجعل فى مقابل وصف الصحه عوض، و ليس ضمانا ثالثا اذ لا موجب له بحسب القاعده، فان غايه ما يترتب عليه أن يكون للمشترى الخيار فى فسخ المعامله، و لذا لا يكون أخذ الارش على القاعده بل أمر تعبدى.

فتلخص مما ذكرنا: أن الارش ليس على القاعده، و أيضا ظهر بأنه ليس من ضمان اليد و لا من ضمان المعاوضه، بل ضمان تعبدى ثابت بالروايات.

ثم ان الميزان هى القيمه الواقعيه أو الميزان بالتفاوت النسبى، يقع الكلام:

أولا فيما تقتضيه القاعده، و ثانيا فيما تقتضيه النصوص الوارده فى المقام، و أما القاعده الاوليه فتقتضى ملاحظه النسبه، فانه أمر ارتكازى، و لا منافاه بين ما ذكرنا من عدم الارش على طبق القاعده و بين كونه على فرض الثبوت هو الامر النسبى.

و أما النصوص فمختلفه، فان بعضها يدل بحسب الظهور على الاسترداد من الثمن، و بعضها يدل على ثبوت قيمه الوصف. و الانصاف أن مقتضى الفهم العرفى حمل بعضها على البعض الاخر. و ان شئت قلت: ان ما يدل على ملاحظه النسبه أظهر من غيره، فيحمل الظاهر على الاظهر.

**[يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن]**

أقول: ثم انه هل يكون الواجب على البائع رد ما به التفاوت من عين الثمن أوله الخيار؟ يقع الكلام تاره فيما يقتضيه الاصل و أخرى فيما تقتضيه النصوص.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۵۹

...

(أما المقام الاول) فان قلنا بأن ذمه البائع مشغوله يكون الامر دائرا بين المتباينين، كما لو تردد الامر بين ضمان المثل و القيمه، و لكن القدر المتيقن وجوب دفع هذا الغرر، فيكون الامر دائرا

بين الاقل و الاكثر. و بعباره أخرى:

المقدار المعلوم ان المشترى أخذ ما به التفاوت و الاكثر من هذا المقدار غير معلوم و منفى بالاصل.

هذا مقتضى الاصل الاولى، و أما مقتضى النصوص فان المستفاد من بعضها الاطلاق، و لكن مقتضى البعض الاخر الرد من عين الثمن، لاحظ روايه زراره فانه عليه السلام قال فيها «و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به ... » «۱».

و الشيخ قدس سره سلم الظهور، لكن حمل النصوص على خلاف الظاهر بأنه حيث أن الغالب يكون الثمن من النقدين و حيث أن الخصوصيه ملغاه عند العقلاء فى النقدين فيكون الرد من الثمن باعتبار نوعه. و لا شبهه فى انه خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينه.

و الحق أن الواجب بمقتضى جمله من النصوص أن يكون الرد من عين الثمن الا مع التراضى.

ثم انه لو قلنا بأن الرد يلزم أن يكون من الثمن، فلا مجال للبحث فى أن الغرامه تلزم أن يكون من النقدين أو من غيرهما، و أما لو لم نقل بذلك و قلنا بأنه لا يلزم أن يكون من عين الثمن فالحق أن الارش يلزم أن يكون من النقدين، فانه المنصرف عند العرف بلا قرينه.

ثم انه ظهر مما ذكرنا أنه لا يعقل أن يستوعب الارش تمام الثمن، لان

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب الخيار، الحديث ۲.



قوله: مسأله يعرف الارش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب (۱).

المفروض أن الارش ما به التفاوت بالنسبه. نعم يمكن تصوره على بعض التقادير و هو أنه لو حدث فى المبيع عيب فى زمان الخيار أو قبل القبض و

كان الارش مستوعبا لتمام القيمه و قلنا بأنه لا ينفسخ العقد به و يكون العين باقيه فى ملك المشترى و يكون البائع ضامنا للأرش فعليه لا بد من رد تمام الثمن.

### [مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب]

أقول: يعرف الارش بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب ليعرف ما به التفاوت فاذا كانت القيمه معلومه فالامر ظاهر، و ان لم تكن معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها.

و الذى يرجع اليه تاره يخبر عن القيمه الخارجيه و هذا داخل فى باب الاخبار و الشهاده بناء على أنه لا فرق بين الاخبار و الشهاده و ان الشهاده قسم خاص من الخبر و هو عباره عن اخبار متعدد بأمر عند الحاكم. و أخرى يخبر عن الخصوصيات فى المبيع، و بعباره أخرى يخبر عن القيمه باعتبار اطلاعه على خصوصيات العين و قيمه كل خصوصيه معلومه لكن تلك الخصوصيه مجهوله.

و ثالثه يخبر مستندا بحدسه و اجتهاده. و الاولان داخلان فى الاخبار الحسى، و الاخير داخل فى الحدس.

و لا شبهه أنه لا يعتبر فى الاخير الا الامانه و الخبرويه، فما أفاد الشيخ قدس سره غير تام، بل لنا أن نقول: انه لا يعتبر فى الاخبار عن الامر الحسى التعدد و العداله، فان السيره قائمه على العمل بقول الثقه الواحد. نعم يعتبر العداله و التعدد فى الشاهد عند الحاكم، و هذا ثابت بالدليل.

ثم انه لو لم يمكن معرفه القيمه فهل يكتفى بالظن أو يؤخذ بالاقل؟ الظاهر هو الثانى، لان ثبوت الاكثر غير معلوم، و مقتضى الاصل عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۱

قوله: لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل (۱).

و ما أفاده قدس سره فى وجه الاخذ بالاكثر بأن مقتضى الاصل بقاؤه و عدم سقوطه بأداء

الاقل، يرد فيه: انه مع جريان الاصل فى السبب لا تصل النوبه الى المسبب، و مقتضى الاصل عدم تعلق التكليف الا بالاقل.

**[لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل]**

أقول: و فى المسأله أقوال: أفاد المصنف بأن الحق ما عليه المعظم من وجوب الجمع، لان لكل منهما حجه شرعيه فلا بد من العمل به بقدر الامكان و قولاهما و ان كانا متعارضين فى النصف أيضا كالكل لكن الجمع بينهما بالاخذ بكل منهما فى بعض المدلول أولى من الطرح رأسا. و هذا معنى قولهم «الجمع مهما أمكن أولى من الطرح»، و لذا قال الشهيد فى تمهيد القواعد: بأن الدار المدعى عليهما بين شخصين تنصف بينهما بل التبعيض فى حقوق الناس أولى من التبعيض فى حق اللّه لرجوع الكل الى امتثال امر اللّه سبحانه، بخلاف مقام التكليف باحقاق حقوق الناس فان فى التبعيض جمعا بين حقوق الناس و مراعاه للجميع و لو فى الجمله.

هذا، و قد يستشكل ما ذكرنا أولا بأنه لا تعارض، فان النافى لا علم له بخلاف المثبت و ثانيا بينه النافى مؤيده بأصاله عدم الزائد فلا تعارض لوجود المرجح و ثالثا بأنه فيه مخالفه قطعيه. ثم أجاب بأن النافى ينفى بالبت، و يندفع الثانى بأن الاصل الظاهرى لا يكون مرجحا بل يكون مرجعا عند التساقط، و يندفع الثالث بأن فى حق الناس ليس الحق لواحد كما فى حقوق اللّه بل بين شخصين فهذا أولى من الاهمال المطلق.

و يرد عليه أنه ما الدليل على رعايه الجمع بين الامرين، فان مقتضى التعارض التساقط. نعم فى مورد كون أمر مال مرددا بين شخصين أو اكثر يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۲

قوله: ثم ان قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه (۱).

مقتضى قاعده العدل التنصيف،

و یمکن أن یقال: بأن هذا حکم عقلائی، و أیضا یستفاد من النص «۱» لکن الروایه ضعیفه بالنوفلی، مضافا الی أن موضوع هذه القاعده و النص تردد أمر مال بین شخصین أو ازید، و لا یبعد ان یستفاد هذا الحکم من النص «۲» الاخر، و من مصادیقه ما أفاده الشهید فی تمهید القواعد، فانه بمقتضی الید تکون الدار بین شخصین.

و أما ترجیح بینه الاقل لتعاضده بالاصل، فقد مر الاشکال فیه بما أفاده الشیخ کما أن الامر کذلک فی ترجیح دلیل الاکثر، بتقریب أن بینه الاقل تنفی العلم بالاکثر.

### [فی أن قاعده الجمع حاکمه علی دلیل القرعه]

أقول: و أما القرعه فقد أفاد الشیخ قدس سره بأن قاعده الجمع مقدم علیها و حاکمه بالنسبه الیها، بتقریب أن القرعه لتشخیص الواقع المردد، و فی المقام لا ینحصر الواقع بین الامرین بل یحتمل أمر ثالث. و الحاصل ان القرعه لتشخیص ما یکون فی الواقع أمر و یشخص بها، و فی المقام لیس الامر کذلک.

و أیضا لا تصل النوبه الی القرعه ما دام الجمع ممکنا، اذ العمل بها قاعده ظاهریه فی فرض الجهل بالواقع، فما دام العمل بالدلیل ممکنا یکون مقدما یکون مقدما علی الحکم الظاهری.

و لکن یرد علیه أنه یمکن فرض انحصار الامر بین القولین، بأن نعلم أن الامر دائر بینهما، و ثانیا ان الجمع کما مر آنفا لا دلیل علیه، و احتمال الموضوعیه

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۲ من ابواب الصلح الحدیث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۸ الباب ۱۲ من ابواب کیفیه الحکم و احکام الدعوی، الحدیث ۳.



قوله: ثم ان المعروف فی الجمع بین البینات الجمع بینهما (۱)

منتف، و ثالثا لنا أن نتمسک بمطلقات أدله القرعه، فان فیها ما یدل

على حجيتها عند الشك و الاختلاف بين المتخاصمين كما فى روايه «۱» جميل و منصور، و أيضا يمكن الاخذ بما يدل على ترجيح احدى البينتين بالقرعه كروايه الحلبى «۲» و سماعه.

## [فى أن المعروف فى الجمع بين البينات الجمع بينهما]

أقول: ثم ان الشيخ قدس سره بين طريق الجمع بين البينات و بين طريقين أحدهما منسوب الى المشهور و ثانيهما منسوب الى الشهيد. توضيح الحال برسم أمور:

(منها) ما اذا تعارض المقومان- و هو فيما يكون ما به التفاوت على قول أحدهما ثلثا و على القول الاخر ربعا- و أما لو كان ما به التفاوت واحدا على كلا التقديرين و ان كان بين التقويمين اختلاف فلا مجال للبحث، لعدم المعارضه كى يحتاج الى الجمع بينهما، فاذا أحد قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخر سته و إحدى قيمتى المعيب أربعه و الاخر اثنان لا يكون تعارض، بل التفاوت بالثلثين على كلا التقديرين.

(و منها) ان طريق المشهور أخذ قيمتى الصحيح و المعيب و تنصيف كل منهما و ملاحظه قيمه المعيب الى الصحيح و الاخذ من الثمن بهذا المقدار، و أسهل من ذلك ملاحظه قيمتى الصحيح و المعيب و ملاحظه النسبه و الاخذ بها، فانه لا يفرق كما هو ظاهر.

و طريق آخر منسوب الى الشهيد، و هو أنه تلحظ نسبه ما بين صحيح القيمه و معيبه و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبه التفاوت، ثم تلحظ النسبه

---

(۱) الوسائل الجزء ۱۸ الباب (۳) من ابواب القضاء الحديث ۴ و ۱۷.

(۲) الوسائل الجزء ۱۸ الباب ۱۲ من ابواب القضاء الحديث ۱۱ و ۱۲.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۴

قوله: القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها (۱).

بين صحيح القيمه الثانيه

و معيبها و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبه التفاوت و هكذا، ثم يجمع ما أخذ من الثمن و يقسم على عدد القيم يخرج المطلوب، فاذا فرض أن الثمن (١٢) درهما فلو قوم فى التقويم الاول الصحيح ب (١٥) و المعيب (١٠) تكون النسبه هو الثلث (۴)، و فى التقويم الثانى قوم الصحيح ب (٢٠) و المعيب ب (١٥) تكون النسبه هو الربع (٣)، و فى التقويم الثالث قوم الصحيح ب (٢٥) و المعيب ب (٢٠) تكون النسبه هو الخمس (۵/ ٢٢) درهمان و خمسا درهم يكون المجموع (۵/ ٩٢) تسعه خمسا درهم، ثم يقسم على الثلاثه تكون النتيجه ٣ و ثلثا خمس.

ثم التنصيف اما لأجل الجمع بين الحقين و اما لأجل الجمع بين البينتين، أما على الاول فلا وجه لملاحظه قيمه الصحيح و المعيب، اذ الحق دائر أمره بين الكسور فلا بد من تنصيف الكسور، و اما يكون لأجل الجمع بين الدليلين.

و عليه ان قام الدليل من الاول على نفس ما به التفاوت فالامر أيضا كذلك و ان قام على القيمه فالمدلول الالتزامى أيضا تلك النسبه، فان المناط ابتداء و ان كان بالمدلول المطابقى لكن التقويم مقدمه لتعيين ما به التفاوت فلا بد من رعايته.

**[القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]**

**اشاره**

أقول:

**يقع الكلام فى جهات:**

**الجهه (الاولى) فى معنى الشرط،**

ففى القاموس انه الزام الشى ء و التزامه فى البيع و غيره، قال المصنف قدس سره: ان ظاهر هذا الكلام كون استعماله



...

فى الالزام الابتدائى مجازا أو غير صحيح، لكن لا اشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا، و اشتراط المعنوى أولى من المجاز.

أقول: ان الروايات التى تمسك الشيخ بها بعضها مخدوش من جهه السند الا أن فى صحيحه «١» أيوب بن نوح أطلق الشرط على النذر، و هو التزام ابتدائى و لكن غايه ما يستفاد منها تطبيق الامام الشرط على المورد، و هو لا يدل على الحقيقه، فلا يستفاد منه أنه أريد منه كل التزام ابتدائى.

قال المصـنف قدس سره فى المقام ما حاصله: ان الشرط يطلق فى العرف على معنيين: أحدهما المعنى الحدثى و هو بهذا المعنى مصـدر شـرط فهو شارط و ذلك مشـروط، ثانيهما ما يلزم من عـدمه العدم من دون ملاحظه أنه يلزم من وجوده الوجود أم لا، و هو بهـذا المعنى اسم جامـد و لـذا الشـارط و المشـروط ليسـا بمتضايفين بخلاف المعنى الاول. و أما اسـتعماله فى الجمله الواقعه عقيب أدوات الشـرط فهو اصطلاح خاص فى ألسنه النحاه. و كذا استعماله فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود فهو اصطلاح خاص فى ألسنه أهل المعقول.

و التحقيق أن يقال: ان الشرط له معنى واحد، و هو ارتباط احد الامرين بالاخر بحيث اذا انتفى المرتبط اليه انتفى المرتبط.

غايه الامر قـد يحصل الارتباط بجعل الشـرع و أخرى بجعل العرف و ثالثه بجعل شـخص خارجى و رابعه بحكم العقل، و اطلاقه بجزء العله فى بعض الموارد يكون بالتسامح، و هذا لا يوجب تغاير معناه بل له

معنى واحد كما عرفت.

---

(۱) الوسائل الجزء (۱۵) الباب (۲) من ابواب.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۶۶

قوله: الكلام فی شروط صحه الشرط و هی أمور (۱).

ان قلت: انه لا- معنى لجعل الارتباط بحكم العقل، فان العقل مدرك الارتباط لا حاكم عليه، فان الارتباط بين العله و المعلول واقعی.

قلت: المراد من حكم العقل دركه، بمعنى أن الارتباط بينهما لا يدركه الا العقل.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الشرط بالتحريك بمعنى العلامه و الدون و الشريف فيقال اشراط الغنم أی رذلها و شراط الناس أی أشرافهم فهو من الاضداد.

و فصل السيد اليزدی قدس سره بينما لو كان الشرط من قبيل الافعال و ما لو كان من قبيل الاوصاف، ففی الاول يكون بنحو الالتزام و فی الثانی بنحو التقييد.

و فيه: انه لا- معنى لهذا التفصيل و جعل التقييد فی مقابل الالتزام لا يرجع الى محصل الا أن يرجع الى التعليق، فهو باطل. هذا تمام الكلام فی الجهه الاولى.

**الجهه الثانيه فی شروط صحه الشرط،**

**اشاره**

و هی أمور:

**الشرط (الاول) أن يكون داخلا تحت قدره المكلف،**

**اشاره**

فلا يصح اشتراط ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه. و الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو يكون فعلا لثالث أو

وصفا حاليا أو استقباليا و اما يكون بنحو شرط النتيجه.

لا شبهه فى أنه لو كان الشرط فعل أحدهما يلزم أن يكون مقدورا و لو بالتسبيب كما فى الافعال التوليديه و الا يلزم لغويه الشرط، و هل يلزم الظن بالامكان؟

الظاهر لا بل مجرد احتمال الامكان يكفى.

**و ما يمكن أن يستدل على الفساد أمور:**

**اشاره**

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۷

...

**الاول - الاجماع.**

و فيه منعه لوجود المخالف فيه، و ثانيا انه محتمل المدرك لإمكان كون بعض الوجوه المتصوره دليل المجمعين.

**الثانى - ان القدره على التسليم شرط فى صحه البيع،**

فالمبيع يكون مقيدا بالشرط، فاذا لم يكن الشرط مقدورا للعاقد لم يكن قادرا على تسليم المبيع اذ انه أخذ متصفا به.

و فيه: أولا انا لا نتصور معنى معقولا لتقييد الجزئى الخارجى، غايه الامر يرجع الى الاشتراط و هو يوجب الخيار لا الى تقييد البيع.

و ثانيا: انه لا مدرك لاشتراط القدره على التسليم الا لزوم الغرر، و فيه ما عرفت منا أنا ناقشنا فى كون الغرر مبطلا للبيع، و ثانيا انه يمكن فرض عدم لزومه فى بعض الموارد، كما اذا كان المبيع أعواد من الشخاطه مثلا فانه لا يلزم من عدم تسليمه خطر عند العقلاء أو يحصل الوثوق بتسليمه بدون الاشتراط.

و ثالثا- ان اشتراط القدره على التسليم لا يرفع الغرر فى صوره لزومه، لأنه مجرد التزام و هو غير كاف لرفع الغرر.

**(الثالث) انه معامله سفهيه و هى باطله.**

و فيه: أولاـ منع كونه سفيها لا مكان ترتب غرض عليه، و ثانيا منع كون المعامله السفهيه باطله. و التحقيق أن يقال كما قلنا آنفا: ان الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو فعلا ثالث و اما أن يكون وصفا حاليا او استقباليا و اما أن يكون من شروط النتيجه، و أما اذا كان فعلا لأحد المتعاقدين فلا اشكال فى لزوم كونه مقدورا لا للوجوه المذكوره، فانها مخدوشه كما عرفت، بل لعدم صدق الالتزام فيما اذا كان الشرط غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۸

...

و لا مجال لان يقال: ان المقصود الاصلى فى المقام جعل الخيار، و لا مانع أن نربطه بأمر غير مقدور.

لأنه يقال: ان الغرض من الاشتراط الزام الطرف الاخر بالعمل به، و اذا لم يكن مقدورا كان لغوا اذ لا يمكن الوفاء به، و الخيار فى المقام عباره عن

الزام المشـروط عليه العمل بما التزم، فلا بد من تصحيح الالتزام فى الرتبه السابقه كى يكون المشروط عليه ملزما بالعمل به، و قد عرفت استحالته.

هـذا كله اذا كان الشـرط فعلا لأحـد المتعاقـدين، و أما اذا كان فعلا لثالث فاما يكون مرتبطا بالمشـروط عليه و اما أجنبى عنه، و على الثانى ذهب السيد الى بطلان الشرط لكونه سفهيا.

و فيه: أولا انه لا نسـلم كونه سـفهيا، و ثانيا لو سلمنا كونه سفهيا الا أنه لا يوجب بطلانه، و ثالثا انه على فرض تسليم كون الشرط باطلا يثبت الخيار به على القول بعدم كون شرط الفاسد مفسدا للعقد على ما سيجى ء.

و الـذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المقصود بهـذا الشـرط جعل الخيار عنـد التخلف فلا مانع من الصـحه و لكن مرجع هـذا الشـرط جعـل الخيـار على تقـدير كـذائى، و ان كان المراد الزام الغير بالفعل الكـذائى فالظاهر هو البطلان لعـدم ما يقتضـى الصـحه. و على الاول- و هو ما كان الشرط مرتبطا بالمشروط عليه- فاما يكون الفعل المشروط تحت اختياره أم لا، و على الاول لا اشـكال فى صحته فانه فى الحقيقه يكون الشرط على المشروط عليه، اذ لا فرق بين فعله المباشرى و التسبيبى. و أما على الثانى فالظاهر بطلان الشرط و ان حصل الوثوق بحصوله، لأنك عرفت أنه لا يتحقق الالتزام فيما اذا كان الفعل غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۶۹

...

و مـا أفـاده السـيد اليزدى بأن الشـرط فى هـذه الصوره بمعنى التقييـد لا الالتزام على الوجه الـذى قررناه سابقا. يرد عليه أن تقييد الجزئى الخارجى لا يرجع الى محصل، الا أن يقال ان مرجع ذلك الى الوصف و سيجى ء الكلام فيه.

هذا

تمام الكلام فيما اذا كان الشرط فعلا لثالث، و أما اذا كان الشرط وصفا للمبيع فنقول: ان الوصف الاستقبالى فى المقام كالحالى، فانه يصح الالتزام به اذا حصل الوثوق بحصوله، و أما اذا لم يحصل ذلك فعلى القول بكون الغرر مبطلا- كما عليه المشهور- يكون البيع باطلا. و أما على المختار لا دليل على بطلانه الا أن يدعى قيام الاجماع بذلك. هذا تمام الكلام فى شرط الفعل.

و أما اذا كان الشرط متعلقا بالنتيجه كقوله «بعتك هذا الدار بشرط أن يكون عباءك ملكى» فتاره يكون مرجع الشرط الى أن الملكيه توجد بنفس هذا الشرط، و أخرى بسببها الواقعيه، و ثالثه تكون موجوده بلا سبب.

أما على الاول فيشترط فى صحته كون المشروط مما يكفى فى تحققه كل سبب حتى الشرط، و أما اذا لم يكن كذلك بل كان السبب مشروطا بقيد كالطلاق مثلا فيكون الشرط فاسدا، و يدخل فى البحث المعروف و هو أن الشرط الفاسد يكون مفسدا أم لا. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد المشروط بسببه الواقعى فمرجع ذلك الى شرط الفعل، و الكلام فيه الكلام فيه. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد بنفسه بلا سبب، فهو باطل لكونه خلاف الكتاب و السنه.

**تذنيب يذكر فيه أمران:**

**(الاول) لو اشترط فى ضمن العقد فعلا على الغير،**

كأن يقول «بعتك و اشترطت على زيد أن يخيط لى ثوبا» و هو قبل ذلك الشرط هل يكون نافذا أم لا؟ الظاهر نفوذه لكونه شرطا ضمنيا و ان لم يكن العقد للمشروط عليه، لكن لو فرض عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۰

قوله: الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه (۱).

العمل به هل يترتب عليه الخيار أم لا؟ قال السيد عدم الخيار للمشروط له مع اعترافه بصحه

الشرط. و فيه ان عدم الخيار مع صحه الشرط جمع بين المتنافيين لان الشرط ارتباط أحد الامرين بالاخر، فان المربوط اما أصل العقد أو الالتزام، به، فعلى الاول يكون تعليقا باطلا فيتعين الثانى، فلا معنى لإنكاره مع صحه الشرط.

**(الثانى) هل ان القدره الواقعيه شرط فى صحه الشرط أم تكفى القدره الظاهريه؟**

و الظاهر هو الاول، فعلى تقدير وجودها يكون الشرط صحيحا و على تقدير عدمها باطلا، و لا وجه لقول السيد حيث ذهب بكفايه القدره الظاهريه فى بعض الصور.

**[الشرط الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه]**

أفاد الشيخ أنه لا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

و أورد عليه النائينى قدس سره: بأن ذكر هذا الشرط مستدرك لإرجاعه الى اشتراط القدره، فان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا.

و فيه: أن أحد الشرطين لا يغنى من الاخر، فان المناط فى ذلك الشرط عباره عن عدم امكان تعلق الالتزام بفعله، و مع القدره العقليه لا مانع من الالتزام كما أنه لا مانع من تعلق التكليف، لكن مع ذلك لا وجه لهذا الشرط بعد ذكر الشرط الآتى، و هو أن لا يكون خلاف الكتاب و السنه.

ان قلت: ان منشأ هذا الاشتراط أنه يقع التعارض بين دليل الشرط و بين ذلك الحرام، فيتساقطان بالتعارض فلا يبقى دليل على وجوب العمل بالشرط.

قلت: أولا لا تعارض بين الادله الاوليه و الثانويه بل الثانيه مقدمه عليها

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۱

قوله: الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له (۱).

عند العرف. و ثانيا انه على تقدير التعارض يقدم دليل وجوب الوفاء عليه للغويته لو لاه، فانه لو لم يقدم دليل وجوب الوفاء يكون لغوا، اذ فى مورده اما يكون ذلك الامر حراما أو جائزا أو مكروها أو مستحبا، و يبقى تحته الواجب فقط فيكون دليل الشرط لغوا، اذ لو لاه يكون ذلك واجبا بدليله.

**[الشرط الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له]**

و فيه: لا دليل على اعتباره بعد انعقاد الاطلاق لدليل وجوب الوفاء بالشرط.

ان قلت: يقع مقدار من الثمن فى مقابل الشرط، و مع عدم كونه عقلائيا يكون اكلا للمال بالباطل.

قلت: ان ما ذكر يتوقف على تجزئه الثمن بين العين و الشرط، و الحال أن الشرط لا يكون موزعا عليه الثمن،

و علی تقدیر توزیعه علیه أیضا لا یتم ما ذکره لان الباء فی کلمه «بِالْبَاطِلِ» سببیه، و لذا لا یشترط فی المبیع أن یکون له مالیه.

ان قلت: یلزم من ذلک کون البیع سفهیا.

قلت: فلیکن کذلک و لا دلیل علی بطلانه.

ان قلت: ان دلیل الشرط منصرف عن الشرط الذی لا یترتب علیه غرض معتد به.

قلت: انه مجرد ادعاء و دون اثباته خرط قتاد.

ان قلت: انه اذا لم یعتبر فیه أن یکون فیه غرض معتد به عند العقلاء فلا یتحقق ضرر فیما اذا خالف المشروط علیه فی العمل بالشرط فلا یتحقق الخیار.

قلت: ان المدرک فی المقام لیس دلیل نفی الضرر حتی یرد ما قیل، بل

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۷۲

...

انه دلیل لفظی کقوله «المؤمنون عند شروطهم» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و هو یدل علی وجوب الوفاء بالشرط سواء کان فیه غرض معتد به عند العقلاء أم لا؟

ثم قال المصنف قدس سره: لو شک فی تعلق غرض صحیح به حمل علیه.

و قد وجه ذلک المحقق الایروانی بقوله: حملا لفعل المسلم علی الصحه.

و لکنه لا یمکن المساعده علیه، لان دلیل الحمل لو کان ما ذکره لکان ذلک مختصا بالمسلم لکونه مأخوذا فی موضوع الدلیل، و الحال ان البحث عام، هذا أولا و ثانیا ان حمل فعل الغیر علی الصحه له معنیان ترتیب أثر الصحه علیه و عشره حسنه، فلا یمکن الحمل علی أحدهما الا بالقرینه أیضا، و لا یمکن التمسک بدلیل وجوب الوفاء لأنه تمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و لا وجه لما أفاده الایروانی بأنه لا مانع من التمسک بالعام، لعدم کون المخصص دلیلا لفظیا مانعا عن العموم. لأنه قد حقق فی محله أن التمسک بالعام فی الشبهات المصداقیه

غير صحيح، سواء كان المخصص دليلا لفظيا أو لبيا، فان المخصص العقلى أيضا يوجب تعنون العام، و مع ذلك كله الحق أنه لا مانع من حمل فعل الغير على الصحيح، بمعنى أنه لو شک فى اجتماع الشرائط فى عقد يحمل عليه.

و منها: فى حكايه بريره لما اشترتها عائشه و شرط مواليها عليها ولاها «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب اللّه، فما كان من شرط ليس فى كتاب اللّه عز و جل فهو باطل، قضاء اللّه أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق» بتقريب أن المراد من الشرط الولاء لمن أعتق و ليس له أثر فى كتاب اللّه نفيا و اثباتا، فيكون المراد من الكتاب هو الكتاب التشريعى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۳

...

و فيه: أولا- الاشكال فى سندها فانها وردت من طريق العامه، و ثانيا انه يمكن أن الرسول الاعظم «ص» يعرف من القرآن، فانه الخبير بمواقع استفاده الاحكام منه.

ان قلت: كيف يصح التوبيخ على ما لا طريق للعامه اليه و غير ظاهر لهم، فلا بد من أن يكون المراد منه الكتاب التشريعى. و فيه: ان الوظيفه رجوع الجاهل الى العالم و السؤال عنه، فالتوبيخ على العمل بلا- سؤال، و الا- فمن الظاهر أن استفاده احكام الهيه مختصه بهم، و لو كان معرفه القرآن أمرا ممكنا فما الفرق بين العالم و الجاهل. اضف الى جميع ذلک أنه ورد فى بعض «۱» الروايات لفظ «السنه» و من الظاهر أن التقابل بين الكتاب و السنه دليل آخر على كون المراد من الكتاب القرآن، فانه عليه السلام قال فى الجواب: خالفت السنه. و الحاصل ان الظاهر أن المراد بالكتاب هو القرآن، و لا دليل لرفع

الید عن هذا الظهور.

## [الشرط الرابع أن لا یکون مخالفا للکتاب و السنه]

ثم انه هل المعتبر فی الشرط موافقه الکتاب أو عدم المخالفه، الظاهر هو الثانی، و ذلک لأنه لو کانت الموافقه مع الکتاب شرطا یلزم فساد أکثر الشروط حتی اشتراط تعلیم القرآن، اذ لیس فی الکتاب آیه تدل علی هذا المعنی. مضافا الی امضاء جمله من الشروط فی الروایات «۲» و الحال أنه لیس فی القرآن علیها دلیل.

و لا یخفی أن مفاد الروایات مختلف، فمنها ما یکون المستفاد منه اشتراط الموافقه، و منها ما یستفاد منه أن المیزان بعدم المخالفه، و مع التعارض یتساقط

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب (۲۹) من أبواب المهور، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب (۲۰) من أبواب المهور، الحدیث (۴) و الباب ۲۰ حدیث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۷۴

...

الکل عن الاعتبار، فیکون عموم صحه الاشتراط محکما. و بعباره أخری نقول:

کل خبر ورد فیه کلا العنوانین کما هو المستفاد من بعض «۱» الروایات لا یستفاد منه اشتراط صحه الشرط بالموافقه، اذ لکل عنوان منهما مفهوم و مفهوم کل یعاند الاخر فیسقطان عن الاعتبار.

و ما أفاده الایروانی من أنهما مثبتین. لیس تاما، فانه فی مقام التحدید و الحد له المفهوم، فلا بد من ملاحظه ما ذکر فیه أحد العنوانین فیه وحده، کصحیحه الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام فقال: ان رسول اللّه «ص» قال: من شرط سوی کتاب اللّه عز و جل لم یجز ذلک علیه و لا له «۲». و الالتزام بأن سوی کتاب اللّه ظاهر فی المخالفه- کما فی کلام الایروانی- غیر سدید.

و هذه الروایه ذکرت فی الوسائل بهذا النحو تاره و أخری بقوله «من شرط لامرأته شرطا سوی کتاب اللّه عز و جل لم

یجز ذلک علیه و لا له» «۳». و علی هذا تکون الروایه فی مورد خاص، و لو دار الامر بین الزیاده و النقیصه یقدم احتمال الزیاده کما هو المیزان، و أما اذا کانت الروایه متعدده فیقع التعارض بین ما لیس فیه قید لامرأته مع قوله «المسلمون عند شروطهم الا شرطا خالف کتاب اللّه عز و جل» فلا یجوز «۴»، و حیث أن النسبه بالعموم و الخصوص المطلقتین لا بد من تخصیص هذه الروایه بتلک الروایه، فیکون الحاصل اشتراط موافقه الکتاب، و لکن لا یمکن الالتزام بهذا المعنی.

---

(۱) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب ۴۰ من أبواب المهور، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۵) الباب ۱۸ من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۱.

(۳) الوسائل، الجزء (۱۵) الباب ۱۳ من ابواب مقدمات الطلاق الحدیث ۱.

(۴) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۶ من أبواب الخیار الحدیث ۲.



...

نعم لا بأس بان یقال: بأن الموافقه تکفی و لو بأن یکون الشرط موافقا لعام أو مطلق للکتاب، فان اشتراط شرب الماء مثلا یکون موافقا للکتاب، حیث أن قوله «إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» یشمله، لکن علی هذا المعنی یرد علی المصنف أنه لا وجه لإرجاع الموافق الی عدم المخالف. و أیضا یشکل الامر فی اشتراط الجلوس مثلا فی مکان فلانی، فان الجلوس لیس قابلا للبیع و التجاره بناء علی أن التجاره عباره أخری عن البیع.

و أما قوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فقد ذکرنا بأنه دلیل اللزوم لا الصحه، الا أن یقال بعدم الفرق بین الموارد، فان أکل الخبز اذا کان جائز الاشتراط لدلاله الکتاب علی جوازه فیجوز اشتراط الشرب و الجلوس بالضروره. فلاحظ.

ثم ان المراد بالمخالف المخالف للملتزم به أو

الالتزام أو الجامع بين الامرين، اختار المصنف الجامع بين الامرين ثم أورد على نفسه: بأن التزام ترك المباح لا ينافى اباحته، فاشتراط ترك التزويج لا ينافى الكتاب. و أجاب عن الاشكال:

أولا- بأن التزام ترك التسرى و ان لم يكن مخالفا للكتاب الا أن الالتزام بفعل المحرم يخالف الكتاب فيكفى للعموم، مضافا الى أن حديث العياشى صريح فيما ذكرنا، فانه عليه السلام حكم ببطلان الشرط و استشهد بقوله تعالى «وَ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ».

و يرد على ما أفاده: أولا- انه يتوقف على اراده الجامع و هو بلا- شاهد، و ثانيا ان الالتزام بالمحرم ليس محرما آخر، و ثالثا ان الروايه ضعيفه بالارسال.

و الحق أن يقال: ان مقتضى الظاهر أن الشرط عباره عن الالتزام، و كونه مخالفا أو موافقا للكتاب باعتبار متعلقه. نعم ربما يكون نفس الالتزام حراما مضافا الى أن تعلق الوجوب يصح باعتبار الالتزام، فان المؤمن عند التزامه أى لا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۶

...

ينفك عنه لا- عن فعله، كما أنه لو كان مورد الالتزام أمرا وضعيا كملكيه الدار الفلانيه يكون مقتضى الانفاذ ذلك الامر الاعتبارى أى المؤمن، أو المسلم لا- ينفك عن اعتباره، مضافا الى أن المحرم عباره عن الالتزام لا نفس الفعل، فان الحرمه من جهه تحقق التحريم تعرض الفعل. و بعباره أخرى: التحريم فى الرتبه السابقه على الفعل.

بقى فى المقام شى ء، و هو أنه يتراءى التعارض بين الطائفتين من الروايات، فان احداها «۱» تدل على فساد شرط عدم التزويج و الثانيه «۲» تدل على الجواز، فلا بد من علاج التعارض فنقول: ان الحق تقديم ما دل على الجواز، و ذلك لعدم صحه سند ما دل على المنع.

هذا أولا، و ثانيا على فرض

صحه السند نقول: كليهما موافق للكتاب، فان ما دل على الجواز موافق لجواز النكاح و ما دل على عدم الجواز موافق لوجوب الوفاء بالعقد، و فى هذا التعارض يؤخذ بما دل على الجواز، لعموم قوله «المؤمنون ... » الخ. مضافا أنه يمكن أن يقال: ان الدال على الجواز موافق للكتاب دون الاخر، لان ما دل على الجواز دال عليه بالعنوان الاولى، و وجوب الوفاء بالعقد عنوان ثانوى، و لا معارضه بين العنوان الاولى و الثانوى.

و أما الروايات «٣» الداله على الفساد فالمستفاد منها أن تعليق الطلاق على التزويج و التسرى باطل، فهذا على القاعده فان للطلاق سببا خاصا لا يتحقق الا بذلك السبب، و خلافه شرط خلاف المقرر الشرعى فيبطل.

---

(١) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (٢).

(٣) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ٣٨ من أبواب المهور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٣٧٧

...

ثم الشيخ قدس سره بعد ما بنى على شمول الشرط للالتزام و الملتزم به، وجه على نفسه اشكالا و تصدى لدفعه، اما الاشكال فهو أنه لا شبهه فى جواز شرط الفعل المباح و تركه على المشروط عليه- كما لو شرط على غيره ترك شرب الماء أو فعل الجلوس و نحوهما- فان الالتزام بترك الشرط مخالف للكتاب فلا يجوز، و الحال أنه لا شبهه فى جوازه.

و اما الدفع فان العناوين التى تعلقت بها الاحكام على قسمين: اذ تاره يكون من العناوين الاوليه التى تتغير بتعلق العنوان الثانوى، و أخرى يكون العنوان بحيث لا يكون قابلا للتغيير. أما العناوين المباحه المكروهه و المستحبه من قبيل الاول و العناوين المحرمه و الواجبه من قبيل الثانى،

فيرتفع الاشكال، فالميزان الكلى لجواز الشرط أن يكون مورده من العناوين الاوليه، و لعدم الجواز أن لا يكون كذلك، فان المحرم و الواجب لا يتغيران عماهما عليه الا من ناحيه الضرر و الحرج.

ثم وجه اشكالا آخر، و هو أنه نرى أن بعض الشروط من قبيل الاول كعدم التزويج و مع ذلك حكم بعدم صحته. و دفع الاشكال بأنه اما نقول يفهم من الروايات أنه من قبيل القسم الثانى الذى لا يتغير، لكن يبعده الاستشهاد بالكتاب بحيث يفهم أنه ميزان كلى، و اما نقول بأن الوجه فى عدم الصحه أنه علق الطلاق على التسرى و الحال أن الطلاق له سبب خاص.

و أفاد بأن هذا الحمل بعيد، و لكن يشهد له بعض الاخبار حيث دل على جوار اشتراط عدم التزويج و التسرى و الامام عليه السلام حكم بوجوب الوفاء، فيعلم أن الممنوع جعل التسرى أو التزويج سببا للطلاق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۷۸

...

و يرد عليه أنه: أى فرق بين الحكم الجوازى الجامع بين الاحكام الثلاثه و الحكم الالزامى، بأن يقال: ان الاول يتغير بالعنوان الثانوى و الثانى لا يتغير.

و لكن على ما سلكناه لا يتوجه الاشكال علينا، اذ الشرط اما يكون عباره عن خلاف جعله بأن يقال بعتك بشرط عدم وجوب الصلاه، و اما يكون الشرط عباره عن الالتزام بأمر من فعل كشرب الخمر أو اعتبار كالالتزام بملكيه دار فلان، و اما يكون الشرط تحقق أمر بلا سبب أو بسبب مخالف للمقرر الشرعى. أما على الاول فلا يصح، لا لأنه شرط خلاف الكتاب بل لانقضاء المعلق مع انتفاء المعلق عليه، فحيث أن البيع معلق على عدم وجوب الصلاه فلا يتحقق، لان الصلاه واجبه. و أما على

الثانی فان کان متعلق الالتزام فعل حرام فلا یصح، لأنه یصدق أنه شرط خلاف الکتاب، و ان کان المتعلق جهه اعتبار فان کان له سبب خاص کالطلاق فلا یصح لأنه خلاف المقرر الشرعی، و ان لم یکن له سبب خاص یتحقق.

و أما علی الثانی فأیضا لا یصح لعدم وجود المعلق علیه. نعم فی مثل هذه الموارد لو علق الخیار علی الشرط یتحقق الخیار طبعا.

أفاد المصنف: ان بعض مشایخنا المعاصرین بعد ما خص الشرط المخالف للکتاب الممنوع عنه فی الاخبار بما کان الحکم المشروط مخالفا للکتاب و ان التزام فعل المباح أو الحرام أو ترک المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلک الاخبار، ذکر أن المتعین فی هذه الموارد ملاحظه التعارض بین ما دل علی حکم ذلک الفعل و ما دل علی وجوب الوفاء بالشرط، و یرجع الی المرجحات.

و ذکر أن المرجح فی مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع. قال: و ما لم یکن فیه مرجح یعمل فیه بالقواعد و الاصول، و فیه من الضعف ما لا یخفی.

أقول: لعل یکون الوجه لضعف کلامه انه بناء علی ما ذهب الیه یکون

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۷۹

...

المستثنی منقطعا، فانه لیس قابلا للوفاء لو کان الشرط بهذا المعنی. و یمکن أن یکون وجه الضعف أن الادله الثانویه لا یعارضها الادله الاولیه بل تقدم علیها بالحکومه.

و استشکل علیه الشیخ بعد قوله «و فیه من الضعف ما لا یخفی» أن اللازم علی ذلک الحکم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته فی جمیع موارد عدم الترجیح لان الشرط ان کان فعلا یجوز ترکه کان اللازم الرجوع الی أصاله عدم وجوب الوفاء عند التعارض، و ان کان فعل محرم أو ترک واجب

وجب الرجوع الى أصاله الوجوب الثابت قبل الاشتراط.

و قال: التحقيق من أن الاحكام المذكوره فى الكتاب و السنه ما يقبل التغير بالشرط لتغير عنوانه كأكثر ما ترخص فعله و تركه، و منها ما لا يقبله كالتحريم، و أدله الشروط حاكمه على القسم الاول دون الثانى، فان اشتراطه مخالف للكتاب.

و فيه: انه لا وجه لما ذهب اليه الشيخ من التفصيل بين الاحكام الترخيصيه و الالزاميه. و الحق فى المقام ما تقدم آنفا بأن العرف لا يرى تنافيا بين الادله الاوليه و الثانويه، بل الثانى مقدم على الاول كما هو واضح.

ثم قال: و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعيه الى قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام فى روايه اسحاق بن عمار المتقدمه «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او أحل حراما» «١»، فان المراد بالحلال و الحرام ما كان حراما لا يقبل التغير حتى مع الاشتراط كشرب الخمر و عمل الخشب صنما و غيرهما، أما ما كان حلالا لو خلى و طبعه فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه الا تغير عنوان الحلال

---

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ۶ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ٣٨٠

...

و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمه، فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام.

ثم قال: و للمحقق القمى هنا تقريب آخر، و هو أن الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعده، و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمه ببعض الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصيه فرد، فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى، و كذا حليه المبيع، فالتزوج و التسرى أمر كلى حلال و التزام

تركه مستلزم لتحريمه، فالمراد من تحليل الحرام أو تحريم الحلال المنهى عنه هو أن يحدث المشترط قاعده كليه و يبدع حكما جديدا، و قد أجيز فى الشرع البناء على الشروط الا شرطا أوجب ابداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزوج و التسرى. الى أن قال: و فيما لو اشترطت عليه أن لا تتزوج بفلانه خاصه اشكال، و قد أفاد بعد نقل كلامه:

و للنظر فى مواضع من كلامه مجال واسع.

و لا يبعد أن يكون وجه النظر فى كلامه أمور:

الاول: الفرق بين الامر الكلى و الجزئى، فان الحكم و ان كان متعلقا بالطبيعه لكن لا شبهه فى انحلاله بحسب تعدد الافراد الخارجيه، فان الخمر حرام على نحو الكلى لكن فى كل مورد تحقق الخمر يكون شربه حراما، فما الوجه فى التفصيل؟.

الثانى: انه ما الفرق بين تحريم الحلال و تحليل الحرام، و أى فرق بين الامرين فان تحريم الحلال فى الجمله اذا لم يصدق عليه أنه تحريم للحلال فيكون الشرط صحيحا فما الوجه فى فساد اشتراط الحرام كشرب الخمر فى الجمله.

الثالث: انه استشكل فى اشتراط عدم التسرى بفلانه خاصه، و الحال أنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۱

...

لا وجه لهذا الاشكال على مسلكه، فانه ما الفرق بين الفقرتين. فما أفاده قدس سره مع أنه غير تام فى نفسه لا يدفع الاشكال، كما أن ما أفاده المصنف من التفرقه بين أدله الواجب و الحرام و بين أدله بقيه الاحكام الثلاثه ليس عليه دليل فان اطلاق الدليل ان كان تاما فتام فى تمام الاحكام و ان لم يكن اطلاق فكذلك فالتفرقه بلا وجه.

و الحق أن يقال: ان اشتراط ترك الجائز أو فعله لا يكون تحريما للحلال فان ترك الحلال أو

فعله مع العزم لاـ يكون تحريما بل عزم على أحد طرفى المباح فان من عزم على عدم شرب الشاى لاـ يصدق عليه أنه حرم الحلال. نعم لو اشترط فى ضمن العقد حرمه الحلال يصدق أنه حرم الحلال فلا يصح.

ان قلت: كما فى كلام الشيخ ان الشرط لا بد أن يكون قابلا للوفاء، و تحريم شى ء يكون أمره بيده الشارع و ليس بيد العبد و لا يكون تحت قدرته، فلا معنى لاشتراطه فانه لا يتعلق به وجوب الوفاء.

قلت: تاره يشترط أن يكون حراما شرعيا فالاشكال متوجه، و أخرى يجعل الحرمه من عند نفسه و لو مع الغفله عن كونه حراما فى الشريعه أو مع الجهل، كما لو وقع هذا الاشتراط فى كلام من لا يكون متدينا بدين و يكون ملحدا فانه يصدق أنه حرم ما حلله اللّه.

و ان أبيت عن صدق هذا المعنى فى التكاليف فلاـ شبهه فى صدقه فى الوضعيات كما لو جعل و اعتبر فى النكاح عدم أمر الطلاق بيد الزوج على خلاف كون الطلاق بيد من أخذ بالساق. مضافا الى أنه لنا نقول: ان مثل هذا الشرط يبطل بعنوانين:

أحدهما من جهه كونه محللا للحرام، ثانيهما من جهه عدم امكان تعلق القدره به.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۲

قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد (۱).

اذا عرفت هذا نقول: لو اشترط فعل الحرام أو ترك واجب يكون باطلا لأنه خلاف الكتاب و السنه، و لو اشترط حرمه أمر جائز أو اشترط جواز أمر حرام كما لو اشترط حرمه شرب الماء أو عدم كون الطلاق بيد الزوج يكون باطلا لأنه تحريم للحلال، و لو اشترط فعل واجب أو ترك محرم أو فعل مباح

أو ترکه یصح الشرط بلا کلام.

أضف الی ذلک کله أن الروایه المتضمنه لهذه الجمله ضعیفه سندا.

بقی شی ء، و هو أنه ذکر السید فی الحاشیه بأنه لو اشترط فعل مباح أو اشترط ترکه أو ترک المستحب أو المکروه، لا یصح لأنه یصدق علیه أنه تحریم للحلال، مضافا الی أنه یؤیده أو یدل علیه ما ورد من عدم جواز الحلف علی ترک شرب العصیر معللا بأنه من تحریم الحلال.

و ما أفاده قدس سره غیر تام، فان العزم علی ترک الحلال مده العمر لا یصدق علیه تحریم الحلال فیشمله دلیل صحه الشرط، و أما الروایه فلا دلاله فیها علی مدعاه، فان المستفاد منها أن الحلال لا یصیر حراما، و هذا أمر لا شبهه فیه.

### [الشرط الخامس أن لا یکون منافیا لمقتضی العقد]

#### اشاره

أقول: و استدل المصنف علی ذلک بوجوه ثلاثه:

الاول- الاجماع.

الثانی- وقوع التنافی فی العقد المقید بهذا الشرط بین مقتضاه الذی لا یتخلف عنه و بین الشرط الملزم لعدم تحققه، فیستحیل الوفاء بهذا العقد مع تقیده بهذا الشرط، فلا بد اما أن یحکم بتساقط کلیهما و اما أن یقدم جانب العقد، و علی کل تقدیر لا یصح الشرط.

الثالث- ان الشرط المنافی مخالف للکتاب و السنه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۸۳

...

### و الذی ینبغی أن یقال: یقع الکلام فی مقامات ثلاثه:

#### اشاره

المقام الاول النظر الی اصل المطلب، المقام الثانی النظر الی کلام الشیخ، المقام الثالث النظر الی الفروع المذکوره فی المقام.

**(أما المقام الأول) [النظر إلى أصل المطلب]**

فنقول: الشرط اما يكون بنحو اشتراط الفعل و اما يكون الاشتراط بنحو شرط النتيجه، أما لو كان بنحو الفعل فلا بد ملاحظه أن هذا الفعل فعلا أو تركا خلاف للشرع أم لا، فان لم يكن مخالفا يصح بلا كلام، فان الفعل الخارجى أو تركه ليس من مقتضيات العقد حتى يتنافيان بل هو من أحكامه، فلو شرط فى ضمن عقد البيع وقف العين فوريا يصح و يجب الوفاء به، اذ ليس بقاء العين فى ملك المشترى من مقتضيات عقد البيع. و أيضا وقف العين المملوكه ليس مخالفا للشرع، بل أمر راجح. نعم لو اشترط وقف العين لجهه مخالفه للشرع لا يصح لكونه خلاف الشرع.

و أما ان كان بنحو اشتراط النتيجه فتاره يشترط عدم ترتب المقتضى على العقد شرعا، و أخرى يكون مرجع الاشتراط الى قصد نفسه- بأن يقصد الشارط عدم الترتب- أما على الاول فكما لو شرط فى البيع عدم حصول الملكيه الشرعيه فلا شبهه فى بطلان الشرط، لان المقرر الشرعى تحقق الملكيه بالبيع، فان كان هذا الاشتراط لأصل البيع يكون العقد باطلا، لأنه مضافا الى التعليق لا يعقل تحققه، لان المفروض أنه علق البيع على عدم تحقق الملكيه، فاما يتحقق مع حصول الملكيه الشرعيه و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه. أما على الاول فيلزم التنافى بين تبعيه العقود للقصود، فانه كيف يمكن أن يتحقق العقد مع عدم القصد. و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه فهو أيضا أمر غير معقول، فان التحقق لا يجتمع مع عدم الملكيه الشرعيه فيئول الامر الى البطلان. و ان كان هذا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۴

...

فالظاهر أنه لا مانع من الصحه مع تحقق الخيار، لان الملكيه الشرعيه تحصل عند اجتماع أركان البيع.

ان قلت: ان هذا الشرط خلاف الكتاب، و مع عدم الصحه كيف يتحقق الخيار.

قلت: فرق بين الشرط الفاسد و الشرط الذى لا واقع له، فان مقسم الشرط الفاسد و الصحيح فعل المكلف و هذا الذى نحن بصدده ليس من فعل المكلف.

نعم هذا الشرط لا واقع له، كما لو شرط نزول المطر من السماء.

هذا أولا، و ثانيا فرضنا كونه شرطا فاسدا لكن لا وجه للبطلان، فان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيجى ء.

و أما لو اشترط فعل نفسه- بأن باع بشرط عدم حصول التملك و الملكيه أو نكح بشرط عدم حصول الزوجيه- فلا شبهه فى الفساد، فان مرجع هذا الامر الى قصد الامرين المتنافيين، و من الواضح عدم امكان تحققه.

هذا فيما يكون المشروط عدم تحقق مفاد العقد، و أما ان كان المشروط اعتبار خلاف الحكم الشرعى- كما لو اشترط حرمه النظر الى الزوجه- فالشرط فاسد، لان مرجعه الى تحريم الحلال، و مثله فاسد لكن العقد صحيح على المبنى.

**(و أما المقام الثانى) و هو النظر الى الوجوه الثلاثه التى استدل به الشيخ**

على أنه يشترط فى صحه الشرط أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد، فنقول: أما الوجه الاول منه فهو الاجماع. ففيه ما علمت و لا وجه للإعاده. و أما الوجه الثانى منه فهو وقوع التنافى فى العقد المقيد- الى آخر كلامه، فهو لا بأس به. و أما الوجه الثالث منه فهو أن الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنه، فنقول: ان هذا الوجه قد تقدم منه قدس سره فى الوجه الرابع و لا وجه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۵

...

للإعاده.

**(و أما المقام الثالث) و هو البحث عن الفروع المذكوره فى المتن**

**اشاره**

فنقول:

**الفرع الاول: اشتراط عدم البيع، فانه مخالف لمقتضى العقد أم لا؟**

و المسأله محل خلاف، فان المشهور ذهبوا الى أنه مخالف لمقتضى العقد فلا يجوز شرطه، و ذهب بعض الى صحته، و هو الحق لعدم كون البيع و عدمه من مقتضى العقد، فان مقتضاه التسلط.

**الفرع الثاني: ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركه فيه**

اذ قال «الربح لنا و لا خسران عليك»، و المستفاد من صحيحه رفاعه صحه الشرط المذكور حيث قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر فى جاريه له و قال ان ربحنا فيها فلك نصف الربح و ان كانت وضعنا فليس عليك شى ء. فقال: لا أرى بهذا بأسا اذا طابت نفس صاحب الجاريه «۱».

و منع ابن ادريس صحه ذلك الشرط لأنه مناف لقضيه الشركه.

أقول: قد عرفت أن مقتضى النص صحه الشرط المذكور، هذا مقتضى النص و اما مقتضى القاعده فنقول: ان للمسأله صورا:

الاولى- ان يشترطا اختصاص الربح بأحدهما و الخسران بالاخر، فان هذا الشرط لا بأس به سواء كان شرط فعل أو شرط نتيجه، و التعليق غير باطل فى المقام، لان دليله لبى و القدر المتيقن منه العقود فلا يشمل الشرط.

الثانيه- ان يشترطا عدم ورود الخسران على أحدهما و كون النفع بينهما فهذا شرط باطل لكونه خلاف مقتضى الشركه، فان مقتضاها ورود الربح و النقصان عليهما بنسبه شركتهما كما تقتضى كون الزياده لهما.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۴ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ۱.



...

الثالثه- أن يكون هذا الشرط فى عقد الشركه، كآن يمزجا مالهما من الحنطه مثلا، و الكلام فيه كما تقدم و لا وجه للإعاده.

الرابعه- أن يكون الشرط فى عقد آخر، كأن باع ماله من زيد و اشترط بأن يكون مال المشترك بهذا النحو، و الكلام فيه أيضا

كما تقدم.

ثم هل يتعدى

الحكم الى غير الجاريه المنصوصه فى الصحيحه من المبيعات أم لا؟ وجوه، حكى عن الشهيد التعدى الى مطلق المبيع، و ظاهر المختلف فى الشرائع الصحه فى خصوص الحيوان، و عن التنقيح الاجماع على عدم اطراد الحكم فى غير مورد النص.

أقول: ان الجمود على اللفظ يقتضى عدم التعدى، و لكن ذوق الفقاهه يقتضى خلافه.

**الفرع الثالث: اشتهر بين العلماء جواز اشتراط الضمان فى العاريه و عدم جوازه فى الاجاره،**

بتقريب ان الاجاره لا تقتضى الضمان فيكون اشتراطها منافيا لمقتضى العقد.

و فيه: انه فرق بين عدم الاقتضاء و بين اقتضاء العقد، فان فى الاجاره لا اقتضاء للضمان، اذ ليس اليد يد ضمان، فلا يكون شرط الضمان منافيا لمقتضى العقد. لكن يشكل من ناحيه أخرى، و هو أن اشتراط الضمان يكون خلاف الكتاب و السنه. نعم لو شرط على المستأجر تمليك ما يعادل الخساره بنحو شرط الفعل أو النتيجه لا- يكون فيه بأس كما هو ظاهر. و عليه لا فرق بين أن يشترط الضمان بهذا المعنى بالنسبه الى المستأجر أو بالنسبه الى شخص ثالث أجنبى.

**الفرع الرابع: اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها.**

و لا يخفى أن الاخراج ليس مقتضى عقد الزواج، بل مقتضاه كون الامر بيد الزوج، بل كون الامر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۷

قوله: الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع (۱).

بيده ليس من مقتضاه، فانه من الاحكام. و عليه فلا مانع من أن يشترط لها أن لا يخرجها، كأن يشترط أن لا يأكل الثوم، مضافا الى ورود النص فى المقام.

نعم لو اشترط كون الامر بيدها و باختيارها يكون باطلا، لأنه خلاف الكتاب.

و العجب من السيد اليزدى حيث أفاد: بأنه يصح ما لم يسند الى الشارع، فانه يرد أولا النقض بأنه لو اشترط حرمه الماء بدون الاستناد الى الشارع هل يكون صحيحا. و ثانيا أن كون الامر بيد الزوجه خلاف الكتاب فلا يصح.

**الفرع الخامس: توارث الزوجين بعقد الانقطاع،**

يتكلم فى هذا الفرع:

تاره فى أن التوارث يثبت مطلقا، أو لا يثبت كذلك، أو يفصل فى صوره الاشتراط و عدمه، و أخرى فى أن هذا الشرط خلاف

مقتضی العقد أم لا- أما الكلام فی الناحیه الاولی فهو موكول الی محله من الارث، و أما من الناحیه الثانیه فالظاهر أنه لیس التوارث و عدمه من المقتضیات، بل اما شرط مخالف أو غیر مخالف.

و ملخص الكلام: انه لیس تشخیص ما یكون من مقتضیات العقد من غیره، مشكوكا و انما الشک فی المخالف للكتاب و عدمه، و مقتضی الاصل عدم المخالفه كما مر.

**[الشرط السادس أن لا یكون الشرط مجهولا جهاله یوجب الغرر فی البیع]**

أقول: و هو كما اذا قال «بعتک داری بشرط أن تعمل ما فی هذه الورقه» و هو لا یعلم ما كتب فیها. ما یمكن أن یقال فی وجه ذلک أمور:

الاول- الاجماع. و فیه ما لا یحتاج الی التوضیح.

الثانی- المرسله المذكوره فی التذكره: نهی النّبیّ «ص» عن الغرر.

و فیها بارسالها و عمل المشهور بها ممنوع صغری و كبری.

الثالث- قوله: نهی النّبیّ عن البیع الغرر. بتقریب أن الشرط المجهول

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۸۸

قوله: الشرط السابع أن لا یكون مستلزما لمحال كما لو شرط فی البیع أن یبیعه علی البائع (۱).

---

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۳۸۸

یوجب الغرر فی البیع، لان الشرط فی الحقیقه كالجزء من العوضین.

و فیه: أولا ان الشرط لیس كالجزء، و لذا لا یسقط الثمن علیه. و ثانیا ان جهاله الشرط هل یوجب الغرر فی البیع أم لا؟ هذا أول الكلام و قد أنكره بعض من الاصحاب لكن لا شبهه فی أنه لو كان

الشـرط غرريا يصدق ان البيع غررى. الا أن الروايه ضـعيفه فلا دليل على بطلان الغرر صناعيا، الا ان يتمسك بالتسالم المدعا فى المقام، و هو دليل لبى يـدل على بطلان الغرر فيما اذا كان نفس البيع غرريا، و أما الغرر الحاصل من الشـرط هل يوجب الغرر أم لا فثبوت التسالم فيه غير معلوم.

و أمـا الروايـات الوارده فى المقـام لاـ تـدل على ذلـک، فانهـا تـدل على أن أوصاف المبيع لا بـد أن يكون معلوما و لا تنظر الى الشرائط، فعلى تقدير نظارتها اليها يكتفى على موردها. فتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا دليل على اعتبار هذا الشرط.

**[الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال]**

ما ذكر فى وجهه أمران:

الاول- أنه مستلزم للدور، لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور.

و فيه: ان المتوقف عليه غير المتوقف عليه، فان المتوقف على الشرط لزوم بيع الاول لا ملكيته حتى يلزم الدور.

الثانى- انه لا يتحقق للبائع قصد جدى عند البيع بالشرط المذكور، و الحال أنه يعتبر فيه.

و فيه: ان الشرط المذكور لا ينافى القصد الجدى بل مؤكد له، و لا يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۸۹

قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور (۱).

البيع سفهائيا كما توهم لا مكان ترتب غرض عقلائى عليه.

**[الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]**

**اشاره**

الذى ينبغى فى المقام أن يقع الكلام فى مقامين:

**المقام (الاول) أن الشروط الابتدائيه يجب الوفاء بها أم لا؟**

فنقول: ان الشـروط الابتدائيه لا يطلق عليها الشـرط، كما علمت تحقيق ذلك فى أول بحث الشرط و قلنا: انه ارتباط أحد الامرين بالاخر فلا يتحقق الا فى ضـمن بيع و غيره، كما نقلناه عن القاموس. نعم أنه لا يستلزم أن لا يكون فى ضمن عقد فقط، فلو صدق

هـذا العنوان يجب الوفـاء به. فعليه لو علق اعطاء درهم بفقراء عنـد مجى ء ابنه يصـدق عليه الشـرط و يترتب عليه حكمه لشـمول دليل وجوب الوفاء له.

ان قلت: انه اذا لم يكن فى ضمن عقد يكون شرطا ابتدائيا.

قلت: انه اذا صدق عليه الشرط يشمله عموم دليل وجوب الوفاء، فان الحكم يترتب بمجرد تحقق عنوان الموضوع.

ان قلت: هذا عباره عن الرعد و لا يجب العمل به بالإجماع.

قلت: أولا انه يجب الوفاء به من باب نفوذ الشـرط لا من باب وجوب الوعـد و ثانيا انه لا نسـلم قيام الاجماع على عدم وجوبه بل ذهب بعض الاعلام الى ذلک و كان السيد الوالد قدس سره ملتزما بالعمل به، و تدل على وجوبه جمله من الروايات:

(منها) صـحيحه شـعيب العقرقوفى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه «ص»: من كان يؤمن باللّه و اليوم الاخر فليف اذا وعد ... «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۸) الباب ۱۰۹ من أبواب أحكام العشره. الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹۰

...

(و منها) صحيحه هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول:

عده المؤمن أخاه نذر لا كفاره له «۱».

**(و أما المقام الثانى) و هو أنه لو لم يذكر الشرط فى متن العقد لا يجب الوفاء به،**

و البحث فيه يقع فى مقامين: الاول ذكر الوجوه المذكوره للمدعى الثانى بيان مقتضى التحقيق.

أما المقام الاول- فما استدل به أمور:

الاول- الاجماع. و فيه ما هو أوضح من أن يخفى.

الثانى- ان الشرط من

أركان العقد، فلا بد من ذكره فى متن العقد. و فيه أنه بمنزله الركن، و ما يكون بمنزله شى ء ليس عينه. هذا أولا و ثانيا لو سلمنا كونه من الركن و لكن لا نسلم وجوب ذكره اذا كان معلوما بالقرينه، و الميزان بصدق العناوين الموضوعه للأحكام.

الثالث- ان الشرط عباره عن ارتباط أحد الامرين بالاخر، فلا بد فى إنشاء العقد المرتبط بالشرط ذكره، و مجرد الاخطار القلبى لا يكفى فى الانشاء.

و فيه: ان الانشاء عباره عن ابراز ما فى النفس بأى نحو كان، فلو صدق على العقد الكذائى أنه عقد مشروط يترتب عليه حكمه.

الرابع- الروايات الخاصه الوارده فى المقام:

(منها) صحيحه ابن بكير قال: قال ابو عبد اللّه عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز «۲».

(و منها) ما عن أبى عبد اللّه عليه السلام: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز، و ما كان قبل النكاح فلا يجوز ... «۳».

---

(۱) الوسائل، الجزء (۸) الباب ۱۰۹ من أبواب أحكام العشره، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب ۱۹ من ابواب المتعه الحديث ۲.

(۳) الوسائل، الجزء (۱۴) الباب ۱۹ من ابواب المتعه الحديث ۳.



...

(و منها) ما رواه أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: فانى استحيى أن أذكر شرط الايام. قال: هو أضر عليك. قلت: و كيف؟ قال: لأنك ان لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتك النفقه فى العده و كانت وارثا و لم تقدر على أن تطلقها الاطلاق السنه «۱».

و غير ذلك من الروايات، فان بعضها و ان كانت ضعيفه السند الا أن فى صحيحها غنى و كفايه.

و

عمده الاشكال فى دلالتها، فان المستفاد منها أن الشرط المذكور قبل العقد لا يعتد به. لكن هذا المقدار لا يدل على مقصود الخصم، فان المدعى فى المقام أن الشرط لا بد أن يذكر فى العقد. نعم ما ورد فى روايه أبان يدل على أن عدم ذكر الاجل فى المتعه يوجب انقلاب المتعه دائما، و هذا حكم تعبدى وارد فى مورد خاص و لا يتعدى الى غيره، فانه خلاف مقتضى القاعده اذ العقود تابعه للقصود. و الحق أنه لا يلزم ذكر الشرط فى العقد، بل يكفى صدق العنوان.

و بعباره أخرى: لا بد من ابراز ما فى النفس بمبرز بحيث يصدق أن العاقد أنشأ العقد المشروط، فلو صدق هذا العنوان- و لو بمعونه القرينه المقاميه- يكفى فى ترتب الحكم، و لذا يكون بناء الاصحاب على كفايه الارتكاز فى بعض الشروط.

ثم ان الشيخ أفاد: بأنه يتوهم فى المقام شرط آخر، و هو التنجيز فى الشرط فلو قال «بعتك هذا بدرهم على أن تخيط لى ثوبا اذا جاء رأس الشهر» يبطل العقد لأنه يسرى الى العقد و التعليق فى العقد باطل، بل يكون مرجع العقد الى البيع بثمنين على تقديرين.

---

(١) الوسائل، الجزء (١۴) الباب (٢٠) من ابواب المتعه الحديث ٢.



قوله: مسأله فى حكم الشرط الصحيح (١).

و أجاب عن الاشكال: بأنه انما يتوجه على فرض كون الشرط الخياطه المطلقه، و الحال أنه ليس الامر كذلك، بل المشروط الخياطه الخاصه، و كون مرجع الامرين الى أمر واحد لا يضر، و لذا قالوا بأنه لو قال «أنت وكيلى فى بيع دارى اذا جاء رأس الشهر» يبطل للتعليق، و أما لو قال «أنت وكيلى فى بيع دارى

فی رأس الشهر» فلا یبطل، و الحال ان مرجع الامرین الی أمر واحد.

و الـذی ینبغی أن یقـال فی المقـام: ان التعلیق فی الشـرط لاـ یسـری الی البیع لان الشـرط لیس جزءا من الثمن، و لـذا لا موضوع للتعلیق و لا للبیع بثمنین، بل التعلیق راجع الی الشرط و التعلیق فیه لا یوجب البطلان لعدم الدلیل.

و أما ما أفاده قـدس سـره من أن مرجع الامرین الی شـی ء واحـد فی مسأله الوکاله فلیس کما أفاده قـدس سـره، فانه علی تقدیر یکون الوکاله معلقه علی الشرط و لا یتحقق الا بعد تحقق الشرط، و فی تقدیر آخر یتحقق لکن متعلقه خاص.

و بعباره أخری: فی صوره یکون کالوجوب المشـروط، و فی تقدیر یصـیر کالمعلق لکنه قدس سره أرجع الواجب المشروط الی المعلق.

## [مسأله فی حکم الشرط الصحیح]

### اشاره

أقول: ان الشـرط اما یکون وصـفا فی المبیع کأن یبیع العبد بشـرط کونه کاتبا، و اما یکون فعلا کما لو باع دارا و اشترط الخیاطه علی المشتری، و امـا یکون شـرطا للنتیجه کمـا لو باع شـیئا و اشترط ملکیه الشـی ء الفلانی للمشتری بحیث تحصل الملکیه بنص هذا الشرط.

أمـا الصوره الاـولی فیترتب علی الشـرط الخیار عنـد فقـدان الوصف. و السـر فیه أن البیع غیر معلق علی وصف الکتابه و الا یلزم التعلیق فی العقد، و لا یکون



...

المبیع مقیـدا بهـذا الوصف، اذ یلزم التقییـد فی الجزئی الخـارجی و هو غیر معقول، فیکون معنی الشـرط ارتبـاط الاـلتزام بـالعقد بوجود الوصف. و بعباره أخری: یکون مرجع هذا الشـرط جعل الخیار عند عدمه، و الظاهر عدم الاشـکال فی هذا الاشتراط، فان جعل الخیار أمر جائز و یلزم بالشرط.

و أما الصوره الثانیه- فأیضا یصح الشرط اذا کان

الفعل جائزا كالخياطه مثلا.

و أما الصوره الثالثه- و هی شرط النتیجه الذی یکون معناه إنشاء ذلک المقصود بنفس الشرط، فلا بد فیها من التفصیل، فتاره یکون المقصود أمرا مرهونا بسبب خاص کالطلاق مثلا، و أخری علم من الشرع أنه یتحقق بکل مبرز و الشرط نحو من المبرز، و ثالثه نشک فی الصحه و عدمها.

أما القسم الاول: فلا اشکال فی صحته أیضا، فان المفهوم من قول «المؤمنون عند شروطهم» أن المؤمن لا ینفک عن شرطه و التزامه، فان کان متعلق الالتزام فعلا من الافعال یجب الاتیان به، اذ فی اعتبار الشارع لا ینفک عن التزامه، و مع وجود التزام یأتی بما التزم به، و ان کان أمرا اعتباریا لا یجری فیه الفسخ.

و أما القسم الثانی: فلا شبهه فی بطلانه، لأنه یشترط فی صحه الشرط عدم کونه مخالفا للشرع.

و أما القسم الثالث: فقد وقع الخلاف فیه بین الاعلام، فأفاد الشیخ قدس سره بأنه لو اشترط مثل هذا الشرط یکون مقتضی الاصل عدم التحقق، فلو اشترط ملکیه شی ء لثالث فی ضمن العقد یکون مقتضی الاصل عدم تحققها، و لا یمکن التمسک بعموم قوله «المؤمنون عند شروطهم» اذ لیس متعلق الشرط فعل من أفعال المکلف کی یتعلق به وجوب الوفاء.

لکن فی قبال هذا الاشکال یمکن أن یقال: بأنه لا مانع من تعلق وجوب

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۹۴

...

الوفاء بلحاظ الآثار المترتبه، و قد وقع فی کلام الامام علیه السلام فی جمله من الموارد، منها مسأله اشتراط عدم الخیار للزوجه بدفع مال الکتابه، بل یمکن الاخذ بعموم قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد صیروره الشرط جزء للعقد.

ان قلت: قد علم من الشرع أن الملکیه و أمثالها مما لها أسباب خاصه فی

الشريعه المقدسه.

قلت: هذه الدعوى غير مسموعه مع تحققها فى الشرع بالشرط، كما لو اشترط ملكيه حمل الدابه و مال العبد و غيرهما.

ان قلت: يمكن أن يكون هذا الحكم مختصا بالتابع.

قلت: ان هـذا الوجه ليس قابلاـ لاـن يكون فارقـا، مع أنه يظهر من المحقق جواز اشتراط ملكيه التـابع للثالث. و كيف كان الظاهر جواز اشتراط الغايات التى لم يعلم اناطتها بسـبب خاص، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، فيصح نذر كون المال الفلانى لزيد أو كونه صدقه.

اذا عرفت ذلک فنقول: يقع الكلام أولا فيما أفاده المصنف، و ثانيا فيما هو مقتضى القاعده، فنقول: ان ما أفاده من كفايه وجوب الوفاء المسـتفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». يرد عليه انه لا فرق بين الـدليلين، فان لم يكن مانع من الشـمول يشـمله كلاهما و الا فلا يشمله شى ء منهما، و الفرق بلا وجه، و مناط الاشكال واحد.

و يرد عليه أيضـا: بأن ما أفاده مع أنه ليس قابلا للفارقيه بأنه من الممكن أن يكون له خصوصـيه، و مقتضـى التعبـد الاقتصار على مورد الاجماع، مضافا الى أنه بأى وجه نتعدى من الملک الى غيره من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹۵

...

و أما قياس المقام بمسأله النـذر، فيرد عليه انه بنفسه أول الكلام، بل الاشـكال فى النـذر أصـعب، اذ لا يبعد أن يكون معنى النذر جعل عمل على الذمه له تعالى و يترتب عليه العمل. و بعباره أخرى: ما لم يتحقق النذر لا يتوجه خطاب وجوب الوفاء به. فلو نذر التصدق يجب عليه أن يتصدق، فكيف يمكن تحقق المتعلق بمجرد النذر.

و أما أصل المطلب فنقول: ان عمده الاشكال أن دليل الشرط ليس مشرعا فلا بد أن يكون متعلقه أمرا مشروعا فى

الرتبه السابقه کی یترتب علیه حکم الشرط و حیث أن مقتضی الاصل فی المعاملات الفساد فلا دلیل علی الصحه، لا من دلیل الشرط کما ذکر و لا من الخارج کما هو المفروض. و لکن یمکن أن یجاب عن هذا الاشکال بأنه ما المانع من جعل دلیل الشرط مشرعا.

و یمکن أن یقال بمثل هذا البیان فی مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بأن نقول: مقتضی الوجوب المتعلق بالوفاء تعلق الوجوب بکل عقد، و لازمه الصحه غایه الامر بحکم العقل یخرج العقد الفاسد، فکل مورد علم أنه فاسد شرعا لا یجب الوفاء به، و فی کل مورد احتمل الصحه یجب الوفاء، و بهذا البیان عدلنا عما کنا علیه قبلا.

الاشکال الثانی المتوجه علی المقام: انه قد خصص الشرط بما لا یکون مخالفا، و مع احتمال الفساد یکون تمسکا بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و یمکن أن یجاب عنه: أولا بأن المقصود عدم المخالفه مع ما بأیدینا من الاحکام، فلو لم یکن مخالفا لها یصح. و ثانیا انه ببرکه أصاله العدم الازلی یحرز عدم کونه مخالفا حتی مع الاحکام الواقعیه، فالنتیجه ان کل شرط لم یعلم کونه مخالفا للشرع یصح بالآیه و الروایه: أما الاولی فهی آیه وجوب الوفاء، و أما الثانیه فهی روایه وجوب العمل بالشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۹۶

قوله: و الکلام فیه یقع فی مسائل (۱).

### [الکلام فیه یقع فی مسائل]

### اشاره

أقول: ان المصنف قدس سره نفی الاشکال عن شرط النتیجه و أجری الکلام فی شرط الفعل، و قال یقع الکلام فیه فی مسائل:

### المسأله (الاولی) فی أن اشتراط الفعل یقتضی وجوب الوفاء تکلیفا أم لا

ظاهر المشهور الوجوب، ثم ذکر ما دل علی الوجوب التکلیفی من الآیه و الروایه و قال: خالف المشهور الشهید فی ظاهر کلامه- الی آخر ما ذکر.

و الذی یهمنا فی المقام بیان ما یستفاد من الادله، فنقول: الظاهر أنه لا فرق بین شرط النتیجه و بین شرط الفعل لوحده الملاک و الدلیل، و الذی یوضح الامر بیان معنی «الوفاء»، و الذی یظهر من اللغه و موارد استعمال هذا اللفظ ان «الوفاء» بمعنی التمام، یقال هذا لا یفی أی ینقص، و ما یکون قابلا للإتمام فی العقود و الایقاعات و العهود و الوعود هو الالتزام و الاعتبار القائمان بالنفس فلو تعلق الامر بالوفاء یکون معناه الوجوب و تمام الالتزام و الاعتبار.

و بعباره أخرى: يكون البقاء على الالتزام واجبا و رفع اليد عنه و الفسخ حراما، و حيث أن الفسخ بما هو لا حرمه فيه قطعا نكشف أن الامر بالوفاء ارشاد باللزوم أى فسخك لا يؤثر. و من الظاهر أنه لا يعقل أن يكون الالتزام باقيا و مع ذلك لا يترتب عليه ما التزم به، فان الانسان لو التزم بالذهاب الى مكان فلانى يلزم، اما تحقق الذهاب و اما الانصراف و اما تحقق مانع خارجى من العمل على طبق الالتزام، فلو قال الشارع «أنت باق على التزامك فى اعتبارى» لا بد من ترتب الاثر الخارجى بلا اشكال، فلا فرق بين أن يتعلق الشرط بملكيه دار أو يتعلق بفعل كذائى، فان الالتزام بالملكيه باق حتى بعد الفسخ كما أن الالتزام بالفعل الكذائى باق كذلك. نعم ربما

يمكن أن يعلق بقاء الالتزام على الفعل، فلا يكون التزام بالفعل بل مجرد ارتباط بقاء الالتزام، بأن يعلق البائع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۳۹۷

...

التزامه بالبقاء و عدم فسخه على الخياطه، ففى الحقيقه الخياطه لم تشترط على المشترى فلا يجب.

و أفاد السيد فى الحاشيه: بأنه يمكن أن يتعلق البيع بالعين بشرط الفعل بنحو لا يرجع الى التعليق الى العقد كى يفسد من جهه التعليق بل الفعل قيد للمبيع بأن يبيع العبد بشرط العتق، فان العتق ليس واجبا لعدم اشتراطه، لكن لو لم يعتق يكون البيع جائزا.

و الظاهر أن ما ذكره أمر غير معقول، لان العتق ان كان شرطا لأصل العقد يكون من مصاديق التعليق فى العقود و يكون باطلا، و ان لم يكن فلا يعقل تقييد الجزئى. مضافا الى ان لازمه البطلان مع عدم تحقق العتق.

و محصل الكلام فى المقام أنه لو علق الوفاء على الفعل لا يكون المعلق عليه واجبا لعدم المقتضى، و ان تعلق الشرط بنفس الفعل يجب، لكن لا بد من بيان ما يكون مناطا لصدق الشرط، فان مجرد الالتزام بفعل مقارنا للعقد لا يوجب صدق عنوان الشرط عليه. نعم هو وعد ابتدائى، و الظاهر أن منشأ تعنونه بهذا العنوان تعليق العقد على الالتزام.

ان قلت: هذا تعليق. قلت: نعم لكن ليس مبطلا اذ المعلق عليه أمر موجود معلوم، و لك ان تقول: الاجماع غير شامل لهذه الصوره.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم أنه يمكن الاستدلال للوجوب بوجوب الوفاء، أعم من أن يكون ارشادا الى اللزوم أو يكون ايجابا لترتيب الآثار الخارجيه، أما على الاول فبالتقريب المتقدم، و أما على الثانى فالتقريب فيه ظاهر، فانه يجب ترتيب الآثار و من آثاره العمل بالشرط.

دراساتنا من

قوله: المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع (۱).

و يمكن الاستدلال أيضا بالاخبار الوارده فى باب الشروط كقوله «المؤمنون عند شروطهم»، فان الانصاف أن العرف يفهم من هذه الروايات أن المقام مقام الانشاء و ايجاب العمل بالشرط.

و ان أبيت عن ذلك و قلت: بأن الظاهر من هذه الجمله تعريف المؤمن و انه لا يخلف كقوله «قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ» فلا يدل على الوجوب و لا أقل من الاجمال.

قلت: الذى يبعد هذا التقريب ذيل الروايات، و هو قوله «الا شرطا حلل حراما أو حرم حلالا»، فان المؤمن الكامل الذى لا يخلف الشرط و يفى به كيف يمكن أن يشترط شرطا مخالفا للشرع، فيفهم أنه فى مقام الانشاء. و لو سلمنا هذا المعنى لكن يكفى للمدعى الروايات الخاصه الوارده فى بعض الابواب، كقوله عليه السلام «قل له فليف للمرأه بشرطها فان رسول اللّه قال المؤمنون عند شروطهم» «۱» حيث أنه أمر بالوفاء و استشهد بقول رسول اللّه، فيعلم أن النبى فى مقام بيان الوظيفه و ايجاب الاتيان بما شرط على نفسه.

**[المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع]**

أقول: ان هذه المسأله محل خلاف بينهم، و العمده النظر فى أصل المسأله و بيان ما هو الحق فيها، و ما يمكن أن يستدل به على الجواز وجوه:

الاول- الاجماع. و فيه ما عرفت منا فلا وجه للإعاده.

الثاني- ان الفعل بالشرط يكون ملكا للمشروط له، كما أنه كذلك فى الاجاره، و يجوز اجبار المديون على أداء دينه.

و فيه: ان الامر ليس كذلك، فان المشروط عليه لا يملك منفعته للمشروط

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۵ الباب ۲۰ من أبواب المهور، الحديث ۴.

...

له، بخلاف الاجاره فی اجاره الشخص نفسه للعمل الکذائی، فان العمل بالاجاره یکون ملکا للمستأجر کما أن منفعه العین تصیر ملکا بها بخلاف الشرط.

الثالث- ان الشرط یوجب حقا مالیا للمشروط له، و لکل ذی حق اسقاط حقه و احقاقه. و هذا هو الصحیح، فانه أمر عقلائی أمضاه الشارع، و الشاهد علیه أنه قابل للإسقاط و لیس وجوبا تکلیفیا محضا، کما لو نذر أن یعطی درهما للفقیر، فان الفقیر بالنذر لا یصیر ذا حق علی الناذر، و لذا لو اسقط لا ینحل النذر. نعم لو أعطاه یمکن أن یملکه. و الحاصل انه فرق بین الوجوب التکلیفی الصرف و جواز اجباره من باب الامر بالمعروف، فان هذا الجواز جواز بالمعنی الاعم، اذ الامر بالمعروف مع الشرائط واجب و لا یسقط بالاسقاط فانه حق الهی، و بین الوجوب التکلیفی الناشئ عن الحق الذی یکون قابلا للإسقاط.

ان قلت: لا وجه للإجبار، اذ یمکن تدارکه بالفسخ.

قلت: أولا یمکن فرض المسأله فیما لا یکون للمشروط له خیار الفسخ عند عدم تحقق الشرط، کما صرح فی العقد بعدم الخیار فلا موضوع لهذا التقریب.

و ثانیا- انه یمکن أن لا یتدارک هذا الحق بالفسخ، اذ یمکن أن یکون الشرط مما یکون فیه غرض لهم، و رفع الید عنه یکون حرجا علی ذی الحق.

و ثالثا- التدارک لا یقتضی إلا عدم تعین الاجبار لا عدم جوازه. و بعباره أخری:

غایه ما فی الباب أن نقول بأن للمشروط له اختیار أحد الامرین.

و رابعا- انه لا معنی لهذا التقریب، فان الخیار یترتب علی عدم تحقق الشرط و فی طوله، و فی الرتبه السابقه نسأل بأنه هل یکون هذا الحق موجودا أم لا. و بعباره أخری: نفرض أن الحق یتدارک

بالفسخ، لکن بأی وجه نلزم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۰۰

قوله: الثالث فی أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمکن من الاجبار فیکون مخیرا بینهما أم لا یجوز له الفسخ الا مع تعدد الاجبار (۱).

ذا الحق أن یرفع الید عن حقه.

ان قلت: ان متعلق الشرط الفعل الاختیاری، فبالالزام لا یحصل الشرط کما هو ظاهر.

قلت: أولا النقض بباب الاجاره، فان الاجیر لو لم یأت بما علیه من الفعل فهل یجبر أم لا؟ الکلام هو الکلام.

و ثانیا- بالحل، و هو أن ما وقع علیه الشرط مطلق الفعل بلا قید کما فی باب الاجاره، ففی ضمن کل فرد تحقق حصل الشرط.

بقی شی ء، و هو: أنه هل یجوز لغیر المشروط له الاجبار فیما لو یصل نفعه الیه کما لو شرط عتق عبد أو اعطاء شی ء للفقیر فهل للعبد أو الفقیر الاجبار أم لا؟ الظاهر هو الثانی، کما أنه لیس لهما الاسقاط، بل الامر بالنسبه الی الاجبار و الاسقاط بید المشروط له. نعم للفقیر و العبد و الحاکم الشرعی، و لکل مکلف الاجبار بمقدار یصدق علیه الامر بالمعروف الواجب فی الشریعه.

**[المسأله الثالثه فی أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمکن من الإجبار فیکون مخیرا بینهما أم لا یجوز له الفسخ إلا مع تعدد الإجبار]**

أقول: ذهب المصنف الی الثانی، و الحق أن یقال: ان المدرک للخیار لو کان هو الاجماع أو دلیل نفی الضرر فکان لما ذهب الیه وجه، الا أن المدرک له هو عنوان تخلف الشرط، فاذا تخلف ذلک یتحقق له الخیار، بلا فرق بین تمکن الاجبار أو تحققه.

و لا وجه لما ذهب الیه الایروانی قدس سره: بأن موضوع الخیار صوره تعذر العمل بالشرط بجمیع أفراده، لأنه لو قلنا بأن الخیار مجعول من قبل المتعاقدین فی ظرف امتناع الطرف عن الاتیان بالفعل فلا اشکال فی تحققه مع امکان اجباره، أضف الی ذلک

أن طبيعه الناس يأبى عن الاجبار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۱

قوله: الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشترط الا الخيار لعدم دليل على الارش (۱).

ثم أنه أفاد المصنف قدس سره الا أن يقال: ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد.

و أما اذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه فله ذلک، فيكون ذلک بمنزله تقابل من الطرفين منهما.

و فيه: أن كونه كالتقايل لا يكون مصححا للمدعى، فان المفروض أنه لم يأت المشروط عليه بما عليه من الوظيفه، فلو لم يكن للمشروط له حق الفسخ كيف يمكنه الاقدام بالفسخ.

أضف الى ذلک كله أن فى المقام روايه «۱» تدل على جواز الاخذ بالخيار، سواء أمكن اجباره أم تعذر.

أفاد السيد اليزدى قدس سره أن الروايه- و ان كانت ضعيفه من حيث السند- و لكنها منجبره بعمل المشهور. و أما أفاده من الانجبار ممنوع صغرا و كبرا.

فتحصل أن الروايه تامه دلاله الا أنها ضعيفه السند.

ثم انه لو تعذر اجباره فهل للحاكم التصدى بالعمل اذا كان قابلا للنيابه أم لا؟ أقول: أما على مسلک من قال بالولايه المطلقه للفقيه فالامر واضح، و أما على المسلک المنصور فله أن يتصدى بمقدار المتيقن، كما اذا لم يتصد يلزم اختلال النظام أو عسر و حرج أو غيرها.

**[المسأله الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار لعدم دليل على الأرش]**

**اشاره**

أقول: ما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه الارش وجوه:

**(الاول) ما عن السيد اليزدى بأن الارش فى العيب مقتضى القاعده،**

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۷ من ابواب الخيار، الحديث ۲.



...

لان الشرط و ان لم يكن مقابلا بالمال فی عالم الانشاء الا أنه ليس مجانا بل يقابله فی عالم اللب و موجب لزياده القيمه، فان مقتضى هذه المقابله جواز الفسخ و جواز الارش، بمعنى استرداد المقدار الذی زيد لأجله فی العوض.

و فيه: ما المراد من المقابله فی المقام فی عالم اللب، ان كان المراد منه الغرض فان تخلف الاغراض لا يوجب الارش، و ان كان المراد أن مقدارا من الثمن وقع فی مقابل الشرط لبا فهو غير معقول لاستحاله وقوع شی ء فی مقابل شيئين. و ملخص الكلام ان الامر دائر بين أن يجعل مقدارا من الثمن فی مقابل الشرط و بين جعله بتمامه فی مقابل العين و كون الشرط مجانيا، و الجمع بين الامرين جمع بين المتنافيين.

**(الثانی) ان الثمن وقع فی مقابل العين المتقيد بخياطه الثوب مثلا،**

فان مقدارا منه وقع فی قبال العين و مقدارا منه فی قبال التقيد الذی هو أمر عقلی لا خارجی و مقتضى هذا البيان وقوع جزء من الثمن فی مقابل التقييد، و بعدمه يبطل العقد بهذا المقدار.

و فيه: أولا ان التقييد جزئی لا يقابل الثمن، و ثانيا ان العين جزئی خارجی و هو لا يقيد الا انه رجع الى الشرط و على فرض رجوعه اليه تعليق، و ثالثا ان التقييد المذكور ان كان مفقودا من الاصل يكون البيع بمقداره باطلا، اذ المفروض أن العقد وقع على المقيد، فما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود لم يقع عليه العقد، و ان كان طارئا فهو يوجب الخيار لا الارش.

**(الثالث) أيضا ما أفاده السيد اليزدی بأن الشارط مخير بين الفسخ و أخذ الارش عقلائيا،**

بمعنى أن بناء العقلاء جار على ذلك، و هو ممضى عند الشرع أيضا.



قوله: الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او بنقل أو رهن او استيلاد فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ (۱).

و فيه: ان منشأ السيره ان كان أمرا ارتكازيا فهو يجدی للمدعی، الا أن اثباته على مدعيها، و أما السيره الخارجيه فتحققها غير معلوم، و على فرض تحققها مردوعه بقوله «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» *.

**(الرابع) ان الشارط بشرطه يملک المشروط فی عهده المشروط علیه، فالفعل مملوک له فی عهده الطرف،**

فاذا تعذر یکون بمنزله التلف، فهو ضامن بملاک قاعده الید.

و یرد علیه: ان اشتراط الفعل لا یقتضی ملکیته للشارط بل مجرد حق مالی.

نعم لو ملک المشروط علیه الفعل للشارط بالشرط کما فی الاجاره فلا نضائق من الالتزام بالضمان بالتعذر.

**[المسأله الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العین عن سلطنه المشروط علیه بتلف او بنقل أو رهن او استیلاد]**

**اشاره**

أقول: مقتضی التحقیق فی المقام أن یقع البحث فی ضمن فروع:

**(الفرع الاول) انه لو تلفت العین بتلف حقیقی هل یجوز الفسخ لمن له الشرط أم لا؟**

التحقیق أن یقال: ان متعلق الخیار لو کان هو العین الخارجی یسقط الفسخ لانتفاء موضوعه، و اما اذا قلنا بأن المتعلق فی ذلک هو العقد- کما هو الحق- فلا بد من ملاحظه مدرک الخیار، فان المدرک له ان کان هو الاجماع فلیس له الفسخ أیضا لعدم المقتضی له، و أما اذا کان الخیار بمقتضی القاعده- أی الشرط بالبیان المتقدم- فله الفسخ لوجود مقتضی الخیار و عدم المانع عنه.

قال السید قدس سره: الاولی أن یقال: لو قلنا بجواز الارش أو العوض لا یجری الخیار، لان الفسخ مع التلف ضرر علی الطرف الاخر، فانه أقدم

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۰۴

...

علی ضمان البیع بالثمن المذکور فی المعامله، فالزامه بالبدل الذی قد یکون أضعاف ذلک الثمن ضرر علیه، و المفروض امکان جبر الضرر المشروط له بالارش أو العوض.

و فیه: أولا انا أنکرنا الارش و القیمه و قلنا ان مقتضی القاعده هو الفسخ، و ثانیا ان الدلیل أخص من المدعی لعدم لزوم الضرر فی بعض الصور، و ثالثا ربما یقع الضرر علی المشروط له عند عدم الفسخ، فانه ربما یتضرر من الصبر و لو مع أخذ الارش، مضافا الی أن نفس منعه عن اعمال حقه ضررا علیه. هذا کله علی مسلک المشهور، و أما علی المسلک المنصور من عدم دلاله قاعده الضرر الا علی الحرمه التکلیفیه فلا تنعقد المجال لما ذهب الیه أصلا.

**(الفرع الثانى) انه لو لم يتلف تلفا حقيقيا لكن وقعت العين موردا للتصرف من قبل المشروط عليه،**

فتاره لا يكون التصرف منافيا للشرط و أخرى يكون منافيا- كما لو باعه عبدا و اشترط عليه عتقه و المشروط عليه باع العبد- أما فى الصوره الاولى و هى صوره عدم التنافى فربما يتوهم بأن التصرف الواقع عن المشروط عليه على العين على خلاف القاعده، لان

العقد خيارى.

و هـذا التوهم فاسد فانه لا يمنع الخيار عن تصـرف المالك فى ملكه، و هذا النحو من الاسـتدلال مصادره بالمطلوب، فالتصـرف وقع فى محله و صدر عن أهله.

ثم ان التصرف الواقع على العين من قبل المشروط له اما يكون تصرفا مخرجا عن ملكه كالبيع أو كالمخرج كالاستيلاء المانع من النقـل، و امـا لاـ يكون مخرجـا عن الملـك كـالرهن، أمـا على الثـانى فمـا المانع من القول ببقاء الخيار و باعماله ترجع العين الى مالكهـا الاـول، غايه الامر مع كونها متعلق الرهن فان الانتقال لا ينافى الرهانه. و أما على الاول فاما يكون الانتقال نقلا لازما و اما يكون جائزا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۵

...

اما على الاول فبعد الفسخ ينتقل العين بالقيمه و التصرف باق بحاله بلا اشكال، فان الخيار من أحكام العقد و التصرف الاعتبارى الموجب للنقل كالتلف الحقيقى، و لا موجب لانفساخ العقـد الثانى بانفساخ العقد الاول. و على القول بأن الفسخ يوجب انفساخ العقد الثانى فهل يكون انفساخه من حين الفسخ أو من أصله؟

الحق هو الاول، لان الفسخ من أحكام حل العقد من الحين لا من الاصل.

و أمـا على الثـانى- أى على فرض أن يكون التصـرف جـائزا- هـل يجبر المشـروط عليه على الفسـخ ورد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشـروط عليه على الفسخ و رد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشـروط له امـا يوجب انفسـاخ العقـد الثـانى و امـا لاـ يوجب، أمـا على الاـول فلا تصل النوبه الى الاجبار و أما على الثانى كما هو الحق فلا مقتضى للإجبار، لأنه بالفسخ و انتقال مال المشروط عليه هل ينتقل الى الفاسخ شى ء لا

طريق الى الثانى فانه ينافى قانون المعاوضه، و على الاول فلا مقتضى للإجبار، لان المفروض أنه انتقل اليه عوض ماله، الا أن يقال: بأنه بدل الحيلوله، لكن قد ذكرنا فى محله أنه لا مدرک لبدل الحيلوله. و ملخص الكلام: ان مقتضى القاعده جواز الفسخ مطلقا و الانتقال الى القيمه.

ثم لو فرض أن المشروط له لم يقبض القيمه و انتقل اليه العين بتقايل أو فسخ أو هبه أو ارث أو غيرها فهل يجب رد نفس العين أم لا؟ الظاهر هو الاول اذ مقتضى الضمان ان نفس العين يرد و الانتقال الى القيمه من باب للابديه و البدليه، فالصواب فى المقام هذا القول.

و فى المقام أقوال أخر يظهر فسادها مما ذكرنا:

(منها) الصحه لكن للفاسخ فسخ العقد الثانى لكون العين متعلق حقه.

و فيه: انه لا يتعلق حق بالعين للمشروط له، و وجود الحق أول الدعوى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۶

...

(و منها) الفرق بين كون العقد الثانى جائزا و بين كونه لازما، ففى الاول يجوز الزام المشروط عليه بالفسخ لان ترد نفس العين الى الفاسخ.

و فيه: ان رد العين انما مع وجوده و عدم المانع، و المفروض فى المقام المانع موجود و لا مقتضى للفسخ من قبل المشروط عليه.

(و منها) الانفساخ من الحين لوجود الفسخ من قبل المشروط له.

و فيه: لا مقتضى للانفساخ بعد انعقاد العقد صحيحا.

(و منها) الفرق بين العتق و غيره، بأن يقال فى العتق لا ترد العين و لا ينفسخ العقد لبناء العتق على التغليب و فى غيره يقال بالانفساخ من الاصل أو من الحين.

و فيه: انه لا مقتضى للانفساخ فى غير العتق أيضا، و فى العتق و ان كان الامر كذلك و لا يرجع

العبـد رقـا، لكن الاـولى أن يقـال بـأن الحر لاـ يـدخل فى الملـك، لا أن بناء العتق على التغليب فان له معنى آخر بل لا مقتضـى للرجوع.

(و منها) الفرق بين التصـرف الذى وقع قبل التعذر و بين التصرف الذى وقع بعد التعذر، فما كان قبل التعذر تام و لا ينفسخ و أما فى التصرف الذى بعده يجرى أحد الوجوه.

و فيه: انه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق، و مقتضى القاعده عدم الانفساخ مطلقا.

**(الفرع الثالث) أنه لو تصرف المشروط عليه تصرفا منافيا للشرط – كما لو باع العبد الذى اشترط فى العقد الاول عتقه–**

**اشاره**

فيقع الكلام فى مقامين:

الاول فى حكم العقد الواقع على العين، الثانى فيما لو فسخ من له الشرط.

**أما المقام الاول [فى حكم العقد الواقع على العين]**

فنقول: ربما يقال بأن التصرف فى العين بالتصرف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۷

...

المنافى حرام و نهى عنه، و النهى عن المعامله يقتضى الفساد.

و فيه: ان التصـرف بما هو تصرف ليس حراما و لا دليل عليه، و على فرض تسلمه لا تكون الحرمه التكليفيه تقتضى فساد المعامله ان لم تقتض صحتها.

و بعباره أخرى: لم يرد نهى عن التصـرف فى العين الا بتقريب أن مقتضـى وجوب الوفاء بالعقد العمل بالشـرط، و الامر بالشـى ء يقتضى النهى عن ضده فالتصرف المنافى حرام فيكون فاسدا.

و فيه: أولا ان مفاد «أَوْفُوا» ليس الا الارشاد الى اللزوم، و ثانيا ان الامر بالشى ء لا يقتضى النهى عن الضد، و ثالثا النهى لا يقتضى الفسـاد الا أن يتعلق بعنوان المعامله، فانه يكون ارشادا الى الفساد بالظهور العرفى، و أما لو تعلق بعنوان آخر- كما لو حلف أن لا يبيع مثلا فباع- لا شبهه فى الصحه.

و ربما يقال أيضا كما فى كلام السيد قدس سره: ان العين متعلق للحق فلا يجوز التصرف فيه الا مع الاذن ممن له الحق.

و فيه: أولا اثبات حق متعلق بالعين أول الكلام. نعم للمشروط له حق على المشروط عليه. و ثانيا سلمنا وجود حق لكن أى دليل قام على كون مطلق الحق مانعا عن التصرف، و هذا يحتاج الى الدليل، و قياس المقام بحق الرهانه مع الفارق، اذ هناك الدليل قائم، فالحق أن التصرف الواقع صحيح.

ثم انه لو قلنا بفساده فهل يصح مع الاجازه كما يصح مع الاول أم لا؟

الحق هو الثانى، اذ المفروض أن الحق مانع عن الصحه، و الاذن السابق

لا يرفع المانع و الاجازه اللاحقه لا تؤثر فى الصحه، فان الشى ء لا ينقلب عما هو عليه و الا يلزم صحه العقد الغررى بعد ارتفاع الغرر. و أيضا كل مانع لو

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۰۸

...

ارتفع بقاء يلزم الصحه، و هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى دليل الصحه أن يكون العقد الصادر من المالك صحيحا، لكن لمانع- و هو عدم اذن من له الحق- لم تتحقق الصحه. و بهذا المقدار نرفع اليد عن الدليل، و لكن بعد الاجازه لا مانع من الاخذ به.

قلت: أولا لا يلزم النقض بغيره من الشرائط كما ذكرنا، و ثانيا نقول المفروض ان العقد وقع فاسدا لفقد شرط من شرائطه، فلا سبيل الى الصحه بعد البطلان.

و بعباره أخرى: اما يكون هذا الحق معتبرا عدمه فى البيع و اما غير معتبر، أما على الاول فلازمه البطلان على الاطلاق، و أما على الثانى فلا مناص من القول بالصحه.

و لا يقاس المقام بباب الفضولى، فان المدعى فى ذلك الباب أن العقد يستند الى المجيز بالاجازه و يصير العقد عقدا للمالك. و أما فى المقام فانتساب العقد الى المالك محرز، فلا جامع بين المقامين. و لا يخفى أنه لو التزمنا بالصحه مع الاجازه يلزم الالتزام بالصحه فيما أسقطه المشروط عليه حقه لوحده الملاك.

**(و أما المقام الثانى) [فيما لو فسخ من له الشرط]**

و هو ما لو فسخ من له الشرط العقد، فالوجوه المتصوره فى المقام هى الوجوه المذكوره فى الفرع السابق بلا فرق، و قد عرفت أن الحق بقاء العقد الثانى بحاله و انتقال بدل العين الى الفاسخ، و الكلام فى بقيه الوجوه هو الكلام فيها المتقدم فى المسأله السابقه، فلا وجه للإعاده.

و أما التصرف من ذى الخيار فى العين فلو لم يكن مبرزا

للالتزام بالعقد لا وجه لسقوط الخيار و يكون العقد باقيا بحاله، و لا دليل على كون التصرف بما هو موجب لسقوط الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۰۹

قوله: السادسه للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان مما يقبل الاسقاط (۱).

## [المسأله السادسه للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الإسقاط]

أقول: الـذى ينبغى أن يقال فى المقام، ان الشـرط اما شـرط للنتيجه و اما شـرط للوصف و اما شـرط للفعل، أما شـرط النتيجه فلا معنى لإسـقاطه، لأنه بنفس الشـرط يتحقق المطلوب، و أما شـرط الوصف فلا يتصور فيه الاسقاط، لأنه مع عدم الوصف ليس الا الخيار فلا موضوع للإسـقاط، فالعمده شـرط الفعل، و هو تاره يصـير مملوكا للمشـروط له بالشـرط كشرط النتيجه و أخرى ليس كـذلك، أمـا على الاـول فيتصور فيه الاـبراء كبقيه الـديون، و أمـا الثـانى فربمـا يقال: بأنه لا دليل على جواز اسـقاط كل حق، و الاستدلال بفحوى تسلط الناس على أموالهم غير تام لضعف سنده.

و هل يكون فرق بين الفعل المالى كالخياطه و غيره كالعتق- كما فى كلام المحقق الاصفهانى بأن نقول: لو كان من الاول يجوز ابراؤه و ان كان من الثانى يجوز اسـقاطه- الحق أنه لا فرق. و هذا التفصيل لا يرجع الى محصل صحيح، اذ الفعل ان كان دينا فى ذمه الطرف لكن ابرأه مطلقـا و ان لم يكن دينـا فلاـ موضوع للإبراء، و أما الاسـقاط فكما تقـدم يكون فيه مجال للمناقشه، الا ان يقال: بأن الارتكاز يقتضـى ثبوت الحق الى زمان الإسـقاط، مضافا الى أن مقتضى الارتكاز العقلائى الشرعى قبول هذا النحو من الحقوق للإسقاط.

ثم انه على تقـدير القول بجواز الاسـقاط لاـ فرق بين مصـاديقه، و لا مجال لاسـتثناء بعض مصاديقه كالعتق، حيث أنه يتوهم بأنه متعلق المشروط له

و متعلق بحقه تعالی و متعلق لحق العبـد. و هذا التوهم فاسد، فانه لا حق للعبد، اذ العبد ینتفع بالعتق، و هذا لا یوجب حقا له لعدم المقتضی، و الا یلزم أنه لو نذر أحد

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۱۰

قوله: السابعه قد عرفت ان الشرط من حیث هو شرط لا یقسط علیه الثمن عند انکشاف التخلف علی المشهور (۱).

أن یعطی دینارا من زید یکون لزید حق المطالبه، و هو کما تری.

هـذا أولاـ و ثانیا لو سـلم أنه ذو حق و لکن لیس حقه فی عرض حق البائع بل فی طوله، و لازمه انتفاؤه بانتفائه. و بعباره أخری: فی صوره بقاء البائع یکون هـذا الحق للعبـد، و أما مع عـدمه فلا، و أما بالنسـبه الیه تعالی فأیضا لا مقتضـی لوجود الحق، بلا فرق بین أن یطلب منه بطلب وجوبی أو غیره. نعم فی الطلب الوجوبی للأـمر بـالمعروف مجـال واسع، و لکن هـذا قـدر مشـترک بین جمیع الواجبات، و الزائد علی هذا المقدار لا دلیل علیه.

### [المسأله السابعه قد عرفت ان الشرط من حیث هو شرط لا یسقط علیه الثمن عند انکشاف التخلف علی المشهور]

#### اشاره

أقول: اعلم أن العقد الواقع للمبیع تاره یکون صوره نوعیه عرفیه کالحماریه و البقریه، و أخری یکون وصفا خارجیا غیر داخل فی حقیقه الشـی ء کالکتابه للعبد، و ثالثه یکون من قبیل کمیه الاشـیاء و مقدارها کقوله «بعتک هذه الصبره بشـرط أن تکون عشـره أصوع».

أما القسم الاول فلا سبیل مع انتفائها الی الصحه، فان الصوره النوعیه العرفیه مقومه للمعامله و بدونها لا تصح.

و أما القسم الثانی فلا یکون وجوده دخیلا فی الصحه الا بنحو التعلیق المبطل للعقد و تخلفه یوجب الخیار فقط.

و أما الثالث فتاره یبحث فیه ثبوتا و أخری اثباتا، أما الکلام فیه من ناحیه الثبوت فالحق أنه یتصور فیه

أن يكون جزءا من المبيع و يتصور أن يكون شرطا بحيث لا- يقسط عليه الثمن، فانه يمكن ايقاع المعامله على ما يكون موجودا خارجا على نحو الاطلاق و يشترط فيه أن يكون كذا مقدارا و يمكن ايقاع المعامله على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۱

...

كل جزء منه بكذا. و الظاهر الصحه فى كلتا الصورتين، و الاشكال من حيث الغرر مدفوع بعد تسليم تماميه دليل بطلان الغررى من المعامله، بأنه ان قلنا أن اشتراط الخيار يرفع الغرر فلا موضوع للغرر، و ان لم نقل فيمكن الاستناد باخبار البائع.

هذا فيما يقع العقد بنحو الاطلاق و يشترط المقدار، و أما لو وقع العقد على جزء منه فالامر أوضح، غايه الامر لو تخلف يتحقق خيار تبعض الصفقه، و لا فرق فيما ذكرنا بين متساوى الاجزاء كالمثليات و متفاوتها كالقيميات.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أما بلحاظ مقام الاثبات و الدلاله فلا يبعد أن يكون مقتضى الظهور العرفى هو التبعيض، و لو فرضنا الشك من جهه مقام الاثبات و الدلاله فمع العلم يكون مقتضى الاصل عدم الانتقال من الثمن الا بما يساوى من المثمن، و أما الخيار فموجود على كلا التقديرين، غايه الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر، و فى المقام روايه «۱» لا بأس بدلالتها الا أنها مخدوشه سندا بعمر بن حنظله.

على أن الشرط بهذا النحو مرجعه الجزئيه، لكن الروايه وارده فى القيمى و دلالتها على الحكم فى المثلى بالاولويه كما ترى.

ثم ان فى الروايه اشكالا من جهه ذيلها، و هى أن المستفاد من الديل أنه لو كان للبائع أرض غير ما باعه فالبيع لازم و يجب الوفاء، و هذا الحكم على

خلاف القاعده الاوليه، لان المفروض أن مقتضى التقسيط عدم صحه العقد الا الموجود، فلا مقتضى لوجوب الوفاء من أرض أخرى.

و عن العلامه فى التذكره نفى البعد، بتقريب أن القطعه المجاوره للمبيع أقرب الى المثل من الارش.

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ۴ من ابواب الخيار، الحديث ١.



...

و فيه: يرد أولا- ان الارض ليست من المثليات، و ثانيا أنه كما ذكرنا لا يكون العقد صحيحا الا بالمقدار الموجود، فلا موضوع لهذا التقريب. و يحتمل بعيدا أن يكون مراده عليه السلام انه ان كانت الارض المعيبه مطالبه للمقدار المبيع فالبيع لازم، و الا يكون له الخيار. لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر.

**ثم ان الشيخ ذكر الاقسام المتصوره فى هذه المعامله على أربعه أقسام:**

**(الاول) أن يكون المبيع متساوى الاجزاء و ينقص،**

فلو قلنا بأن الظاهر من اللفظ فى مقام الاثبات التقسيط للمشترى أن يمضى البيع فى المقدار الموجود و يرجع ببقيه الثمن، و أما لو كان مجملا فمقتضى الاصل عدم انتقال الثمن الى البائع، و أما الخيار فهو موجود على كل تقدير، غايه الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر.

و ظاهر جمله من الاصحاب ثبوت خيار تخلف الشرط أو الوصف لترجيح الاشاره فيما لو تعارضت الاشاره و الوصف. و أفاد الشيخ قدس سره بأن كون المقام من قبيل الاشتراط مسلم لكن لا نسلم عدم التقسيط فى كل شرط، فتأمل.

و يرد عليه: لا- يتصور للشرط الا- تعليق الالتزام بالعقد على وجوده، فالثمن بتمامه مقابل العين، و عليه لا مناص الا بأن نقول ان الجمله و لو كانت بصوره الاشتراط لكن ينحل الى التقسيط، و لعله قدس سره اشار الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

**(الثانى) أن يكون المبيع مختلف الاجزاء و ينقص،**

و هذا أيضا كسابقه ثبوتا و اثباتا، بأن الظاهر هو التقسيط خلافا للمحكى عن المبسوط، مستدلا بأن الفائت لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يعلم قسط الفائت من الثمن.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۳

قوله: القول فى حكم الشرط الفاسد، و الكلام فيه يقع فى أمور:

الاول ان الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به، بل هو داخل فى الوعيد، فان كان العمل به مشروعا استحب الوفاء به (۱).

و فيه: أولا- أنه لو سلم عدم امكان التقسيط فلا بد من الالتزام ببطلان البيع فلا وجه لثبوت الخيار. و ثانيا يمكن تصوير تساوى القيمه فى مختلف الاجزاء.

و ثالثا انه لا يكون القسط مجهولا، اذ يفرض المبيع بذلك المقدار و ينقص عن الثمن بالنسبه،

مثلا لو بيع الارض بشرط أن تكون عشره جربان فانكشف كونها خمسه يرد نصف الثمن، و هذا أمر واضح.

**(الثالث) انه لو كان المبيع متساوى الاجزاء و يتبين الزياده عما شرط على البائع،**

فان كان المراد العقد على المقدار لا بشرط عدم الزياده فالكل للمشترى و يمكن تصويره بنحو لا يكون العقد غرريا، و فى هذا الفرض لا خيار. و ان كان المراد ظاهر الشرط- و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزياده أعنى بشرط لا عن الزائد- يصح العقد و يثبت خيار الوصف للبائع و خيار الشركه للمشترى.

و هذا لا ينافى ما قلناه من أنه لا يبعد أن يكون المورد موردا للتقسيط، اذ لا يبعد أن يكون شرط عدم الزياده بمنزله الاستثناء و ان قلنا بأن البيع وقع على ما فى الخارج كالصوره الاولى، غايه الامر اشترط للبائع عدم الزياده يثبت للبائع الخيار فله فسخ العقد و امضاؤه فى تمام الصبره.

**(الرابع) أن يتبين الزياده فى مختلف الاجزاء،**

و حكمها يعلم مما ذكرنا و لا وجه للإعاده.

**[القول فى حكم الشرط الفاسد]**

**[الأمر الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به]**

**اشاره**

أقول: الامر الاول أنه ذهب المشهور الى استحباب العمل بالوعيد، الا أنا قد حققنا الكلام فيه و بينا وجوبه وفاقا لكمال الدين الميثمى البحرانى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۴

...

و السيد نعمه اللّه الجزائرى.

و قد استفدنا ذلك من عده روايات «۱» وارده فى الباب، كقوله صلى اللّه عليه و آله «من كان يؤمن باللّه فليف اذا وعد» و كقوله عليه السلام «عده المؤمن أخاه نذر لا كفاره له» و غير ذلك من الروايات و قد عد التخلف عن الوعد من مطاعن معاويه عليه اللعنه، و قد حققنا ذلك فى رساله مفرده.

و لا مجال للاستدلال على وجوب الوفاء بالوعد بلزوم الكذب فى صوره التخلف، لان رفع اليد عن الالتزام ليس بكذب، على أن الوعد ليس من مقوله الاخبار حتى يتصف بالصدق و الكذب بل هو من مقوله الانشاء.

**و كيف كان هل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم لا؟ ما يمكن أن يقال فى وجه كونه مفسدا له أمور:**

**(الأمر الأول) أن الشرط يقسط عليه الثمن، فإذا كان فاسدا يوجب الغرر فى البيع لصيرورة العوض مجهولا بذلک.**

و فيه: أولا ـ انه لا ـ يقسط الثمن عليه، و ثانيا لا يكون العوض مجهولا لكون التفاوت بين ما اذا كان العوض المنضم الى الشرط و المجرد عنه مضبوطا فى العرف، و ثالثا على تقدير تسليم الجهاله فى المبيع نمنع كون مثل هذا الجهل قادحا، لان القادح هو الجهل بالعوض عند إنشاء العقد لا الجهل الطارئ على العوض.

**(الامر الثانى) ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص**

فاذا تعذرت الخصوصيه بفساد الشرط لم يبق التراضى، لان الجنس يرتفع بارتفاع الفصل. و المعاوضه بين الثمن و المثمن بدون الشرط معاوضه جديده

---

(۱) اصول الكافى الجزء ۲ باب خلف الوعد و عيون اخبار الرضا ص ۳۴.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۱۵

...

يحتاج الى إنشاء جديد، و بدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض.

و أجاب عنه المصنف قدس سره نقضا: بأن انتفاء الشرط لا يوجب أن يحوج العقد الى إنشاء جديد، و مجرد ارتباط الشرط بالعقد لا يقتضى ذلک، و لذا ان الشرط الغير المقصود للعقلاء فى السلم و غيره لا يقتضى فساد العقد، و كذا لا يفسد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه كما يستفاد ذلک من النص «۱» الوارد فى باب النكاح.

أقول: يمكن أن يقال انه لا يمكن استفاده عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد من النص المذكور، لأنه حكم خاص فى مورد خاص أهتم الشارع به، أضف الى ذلک أن الاشتراط لا يقتضى أنه لو لم يسلم الشرط يحتاج الى عقد جديد.

و أيضا نقض الشيخ قدس سره أن ظاهر العلماء أن الشرط الغير المذكور فى العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا، و لم يظهر منهم بطلان العقد.

و أورد عليه: بأن الاصل فى الارتباط هو انتفاء الشى ء بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم

الانتفاء فى بعض الموارد لا يوجب التعدى.

و أجاب عنه: بأن الامثله المذكوره لا خصوصيه لها، و المقصود من بيان الامثله عدم استحاله التفكيك بين الشرط و العقد.

و الحق أن يقال: ان الشرط قد يكون صفه للمبيع و أخرى فعلا من الافعال و على الاول يكون مرجع الاشتراط الى تعليق الخيار على فقدان الوصف، ففساد الشرط يوجب خيار تخلف الوصف، و لا مقتضى للتسقيط لان الثمن بتمامه وقع فى مقابل الموصوف، و على الثانى قد يجعل الشارط الزاما للمشروط

---

(١) الوسائل الجزء ١۵ الباب ٢٩ من ابواب المهور الحديث ١.



...

عليه بالشرط و قد يجعل خيارا لنفسه به، و على كلا التقديرين يثبت له الخيار عند فساد الشرط.

و لا مجال للإشكال بأن المعلق ينتفى عند انتفاء المعلق عليه، لان العقد لم يعلق على الفعل الخارجى بل هو معلق على التزامه، و هو موجود، و مثل هذا التعليق غير قادح. نعم اذا كان الصفه من القيود التى تعد من الصور النوعيه- ككون المبيع حيوانا ناطقا- فان العرف يحكم بانتفاء المطلوب عند انتفاء قيده كما أفاد الشيخ فى جواب الحلى عن الاشكال. و الحاصل ان العقد المرتبط بالشرط الفاسد يصدق عليه العقد، فيشمله أدله وجوب الوفاء.

أفاد الايروانى قدس سره أن لا وجه للتمسك بالعموم لصحه العقد المجرد عن الشرط، الا أن يكون كل من العقد و العقد مع الشرط مصداقا مستقلا للعقد.

و فيه: أولا ان العقد بلا شرط يصدق عليه العقد، و ثانيا سلمنا أنه شرط فى صدقه و لكن يمكن أن يكون الشرط الفاسد أيضا محققا لموضوع العقد.

و ان شئت قلت: يصدق على العقد المشروط بالشرط الفاسد عنوان العقد و عنوان البيع و

عنوان التجاره، فتشمله الادله.

ثم ان الشرط الفاسد هل يوجب الخيار اذا كان الشارط عالما بفساد الشرط أم لا؟ ظاهر الشيخ هو الثانى، الا أن المختار هو الاول، لوجود المقتضى و عدم المانع، فانه لا شبهه فى جعل الخيار عند عدم تحصل الشرط، و المفروض أن شرط الخيار ليس باطلا.

**(الامر الثالث) النص،**

و هو ما رواه عبد الملك بن عتبه قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاما أو ابتاع منه متاعا على أن ليس على منه وضيعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغى «۱».

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۳۵ من ابواب احكام العقود، الحديث ۱.



...

و تقريب الاستدلال بالروايه: انه يستفاد منها أن البيع حرام وضعا.

قال المحقق الايروانى: ان الروايه تضمنت سؤالين؟ أحدهما السؤال عن صحه البيع بشرط أن تلحق خساره المشترى اذا باع و خسر، الثانى السؤال عن صحه الشرط و تسلط المشترى على أخذه الخساره منه. و الاستدلال بها على المدعى يبتنى على ارجاع قوله عليه السلام «لا ينبغى» الى السؤال الاول، و يكون المراد منه هو الحرمه بمعنى الفساد دون الكراهه، و أما اذا رجع الى السؤال الثانى فلا يمكن الاستدلال بها على المدعى.

التحقيق أن يقال: ان الروايه ينبغى أن يبحث عنها من جهتين السند و الدلاله:

اما السند فهو مخدوش بعبد الملك بن عتبه، فانه مشترك بين الصيرفى الموثق و بين الهاشمى الضعيف. و أما الدلاله فان الظاهر المستفاد من قوله عليه السلام «لا ينبغى» الكراهه لا الحرمه فلا يرتبط بالمقام، و أيضا ظاهره أنه يسأل عن مجموع الامرين.

(و منها) ما رواه «۱» حسين بن منذر عن أبى عبد اللّه

عليه السلام، و هذه الروايه ساقطه سندا بحسين بن منذر، و أما من حيث الدلاله فيظهر الحال مما نذكره فى روايه ابن جعفر عن أخيه.

(و منها) ما رواه «۲» على بن جعفر عن أخيه، و هذه الروايه نقلت بطريقين:

أحدهما معتبر و هى المنقوله عن كتاب على بن جعفر قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم ثم اشتراه بخمسه دراهم أ يحل ذلك؟ قال: اذا لم يشترطا و رضيا فلا بأس. بتقريب أن مقتضى مفهوم الروايه البأس فى المعامله، و لا وجه

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۴.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۶.



...

للفساد الا من ناحيه فساد الشرط.

و الجواب: ان البحث فى المقام فى أن الشرط اذا كان فاسدا هل يوجب فساد العقد أم لا؟ و الشرط المذكور فى الروايه ليس شرطا فاسدا. نعم بمقتضى الروايه نلتزم أن من شرائط البيع أن لا يشترط فيه مثل هذا الشرط، و هذا أمر تعبدى لا بد من الالتزام به و خارج عن محل الكلام. و وجه البطلان التعبد و النص الخاص الوارد فى المقام لا الدور و لا عدم قصد البيع.

فتحصل أن المقتضى للصحه تام و المانع غير موجود، مضافا الى أنه يمكن الاستدلال للصحه ببعض النصوص:

(منها) ما رواه «۱» الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام، فان المستفاد من الروايه كما ترى ان اشتراط ولاء العتق للبائع باطل و مع ذلك لا يوجب فساد البيع، و لا شبهه فى أن الظاهر من الروايه أن الاشتراط كان فى ضمن العقد.

(و منها) ما رواه «۲» الحلبى أيضا عن أبى عبد اللّه

عليه السلام، فانه سئل فى هذه الروايه عن بيع الاماء بشرط عدم البيع و الهبه و الارث، فأجاب عليه السلام بأن شرط عدم الارث باطل لكونه مخالفا للكتاب، فان الظاهر من الروايه صحه العقد و فساد الشرط و هذا هو المطلوب فى المقام.

ثم ان الشيخ قدس سره أفاد: بأنه قد يستدل على الصحه بأن صحه الشرط فرع صحه البيع، فلو كان الحكم بصحه البيع موقوفا على صحه الشرط لزم الدور. ثم قال: و فيه ما لا يخفى.

و يمكن أن يكون نظره الى أن صحه العقد يتوقف على صحه الشرط، لكن

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۵ الباب ۵۲ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۵ من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱.



...

صحه الشرط يتوقف على عدم كونه مخالفا للشرع، فالتوقف ليس من الطرفين بل من طرف واحد.

ثم انه على تقدير الفساد فهل يثبت الخيار أم لا؟ الحق هو الثانى كما مر، لان الخيار على ما اخترناه على القاعده، فلا فرق بين الشروط صحه و فسادا لوحده الملاك. نعم لا خيار مع تحقق الشرط و ان كان حراما، كما يشترط عليه بأن يكذب و كذب. هذا على تقدير القول بأن الخيار من باب التخلف، و أما ان كان المدرك للخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن، كما أنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر يمكن أن تحصل النتيجه بنحو آخر.

**(الامر الثانى) أنه لو أسقط المشروط له الشرط هل يمكن تصحيح العقد أم لا؟**

يظهر من العلامه فى التذكره التردد فى المسأله. و الذى يمكن أن يكون وجها للصحه أن يقاس المقام بباب الفضولى و المكره، حيث حكموا بالصحه بالاجازه فى الاول و بتأثير رفع الاكراه و حصول الرضا فى

الثانى.

لكن القياس مع الفارق، لان المدعى فى باب الفضولى أن الرضا من المالك متعلق بالعقد الجامع للشرائط، و أيضا فى مورد الاكراه يكون الواقع متعلقا للرضا، و أما فى المقام ما وقع عليه العقد لم يرض كما هو المفروض و ما يكون متعلقا للرضا لم يعقد عليه، فالحق ما أفاده المصنف و هو البطلان.

**(الامر الثالث) لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد و لم يذكر فى متن العقد و قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد فما حكمه فى هذه الصوره المفروضه؟**

أفاد الشيخ قدس سره بأنه لو قلنا بأن الشرط المذكور قبل العقد لا حكم له فيصح العقد و الا فلا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۰

قوله: الكلام فى أحكام الخيار، الخيار موروث بأنواعه (۱).

و يرد عليه: ان الوجه فى الفساد موجود فى الفرض، فان المفروض أن القصد تعلق بما هو مقيد، فهذا التفصيل ليس على ما ينبغى. و الحق أنه لو قلنا بافساد الشرط الفاسد أن يقال بالفساد فى المقام أيضا.

و أما ما عن الشهيد من التفصيل بين صوره العلم بأن الشرط المتقدم لا أثر له يصح و الا يبطل، فليس على ما ينبغى بل أسوأ حالا من تفصيل المصنف، فان العلم يترتب الاثر عليه و العلم بعدم الاثر و الشك فيه لا يكون ميزانا، بل الميزان تعلق القصد بالمقيد و عدمه كما ذكره.

**(الامر الرابع) انه لو كان فساد الشرط من ناحيه عدم تعلق غرض عقلائى به، فربما يقال: كما عن ظاهر جماعه عدم كونه مفسدا.**

و قال الشيخ قدس سره:

لعل الوجه فى كلامهم أنه لا يجب الوفاء به و لا يترتب عليه الخيار لا يكون مقيدا للعقد.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم أنه لا يترتب عليه الاثر من عدم وجوب الوفاء و عدم ترتب الخيار، و ثانيا على فرض أنه كذلك كما هو المفروض فلو قلنا بالافساد يلزم القول به فى مفروض الكلام أيضا اذ مناط الفساد التقييد و المفروض كذلك.

و اللّه العالم.

**[الكلام فى أحكام الخيار]**

## [فی أن الخيار موروث و الاستدلال عليه]

### اشاره

أقول: ان الحكم بكونه موروثا يتوقف على ثبوت أمور ثلاثه: الاول اثبات كون الخيار حقا لا حكما شرعيا، الثانی كونه حقا قابلا للانتقال، الثالث شمول أدله الارث عليها. فبعد تماميه المقدمات الثلاث يتم المطلوب.

أما كونه من الحقوق فيمكن أن يستدل عليها بالروايات «۱» الوارده فی باب

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۴ من أبواب الخيار، الحديث ۴.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲۱

...

خيار الحيوان، و هی جمله «فذلک رضی منه» فيستفاد منها بالتفاهم العرفی كون الخيار حقا.

و لكن لقائل أن يقول: انه حكم خاص فی مورد خاص لا-وجه للتعدی الی غيره من الخيارات. و بعباره أخری: لا يستفاد منه الكبری الكلی الجاری فی جميع الخيارات، الا أن يتمسك بالتسالم فی المقام، و به يثبت كونه من الحقوق.

هذا تمام الكلام فی المقدمه الاولی، و أما المقدمه الثانيه فهی أنه علی تقدير كونه من الحقوق قابل للانتقال أم لا؟ ربما يقال بعدم انتقاله الی الغير، لان الربط الموجود بينه و بين ذی الخيار ربط خاص قائم به فينعدم بعدم ذی الخيار، فلا يبقی شی ء حتی ينتقل الی غيره، و لا يقاس المقام بالملک لأنه يبقی فی الخارج بعد انعدام مالكه، بخلاف حق الخيار فانه ينعدم بانعدامه.

و فيه ان

الخيار كما قيل فی تعريفه ملک فسخ العقد، فان فسخ العقد باق و ينتقل بالارث الی الوارث، لكن مجرد الامكان لا يكفی بل يلزم اثبات قابليته الانتقال و مع الشک فيه لا يمكن التمسک بأدله الارث لكون الشبهه مصداقيه، و الحكم ببقائه بالاستصحاب لا يصح، الا أن يقال بجريان الاستصحاب فی القسم الثالث من الاستصحاب الكلی، و قد حقق فی محله عدم حجيته، الا ان انتقال حق الخيار الی الغير من الامور التی قام الاجماع عليه، بل هو من الامور المسلمه فی الشرع.

و أما المقدمه الثالثه فالامر فيها واضح بعد تماميه المقدمتين، فان الادله الوارده فی الكتاب و السنه فی ارث ما ترک الميت تشمل المقام أيضا، فان مقتضى اطلاقها انتقال ما بقی من الميت الی وارثه، أعم من أن يكون عينا أو منفعه أو حقا.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲۲

قوله: بقی الكلام فی أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا (۱).

**[الكلام فی أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]**

أقول: انه يظهر من كلام الشيخ أن فی المسأله صورا ثلاث:

الاولی- ان ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال، فحرمان الورثه عن ارث المال باستغراق دينه تركته مثلا لا يمنع من انتقال حق الخيار الی الوارث.

الثانيه- عكس الاولی، كما اذا كان الوارث قاتل مورثه أو كان كافرا فلا اشكال فی عدم الارث فی هذه الصوره، لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق، و الصورتان المذكورتان لا خلاف فيهما.

الثالثه- انه محل خلاف بين الاعلام بأن الخيار تابع لإرث المال أم لا؟

و هو كما اذا كان حرمانه من المال لتعبد شرعی كالزوجه غير ذات الولد بالنسبه الی العقار و غير الاكبر من الاولاد بالنسبه الی الحبوه، ففی حرمانه من الخيار المتعلق

بـذلك المـال و عـدمه خلاف حرمانه مطلقا و عـدمه مطلقا، و ثالثها التفصـيل بين كون ما يحرم الوارث منتقلا الى الميت أو عنه فيرث فى الاول، و رابعها عـدم الجواز فيما انتقل الى الميت و الاشـكال فيما انتقل عنه. و الحق هو القول الثانى، لان الخيار ملك فسخ العقد و لا يرتبط بالعين.

و استشـكل السـيد اليزدى قدس سره على الشيخ: بأنه جعل محل الخلاف الصوره الثالثه بخلاف الاولى، و الحال أن الملاک فى كلتا المسألتين واحد.

و ربمـا يقـال بـالفرق بين المسـألتين: بـأن الوارث يمكن له أن يملـک مـا ترک الميت فيمـا اذا اسـتوعب الـدين تركته بوجه من الوجوه، كما اذا أدى الديون من ماله الاخر بخلاف الحبوه مثلا فانه ليس قابلا للرفع. و لكن هذا الفرق غير فارق كما ترى.

و لكن يمكن الجواب عن السيد بما ذهب اليه المحقق الاصبهانى فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۳

قوله: مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شى ء واحد غير قابل للتجزئه و التقسيم وجوه (۱).

حاشـيته، بأن التركه فيما اذا اسـتوعبها الدين اما ينتقل الى الورثه غايه الامر أنه ممنوع عن التصرف، فالفرق بين المسألتين واضح، لان العقار و الحبوه لا تنتقلان الى الوارث و أما ما لا ينتقل اليهم فنقول ان المقتضى للإرث موجود فى الوارث انما منع عنه لمانع و هو الضرر، لان اعمال الخيار من حيث اقتضائه لذهاب مقدار من التركه الى المفسوخ عليه اضرار بالديان.

و بعباره أخرى: أن الخيار بما هو ليس مما يوفى به الدين كى لا يورث و انما المنافى اعماله فيمنع من اعماله. بل يمكن أن يقال بجواز اعماله، فانه باعمال الخيار ينتقل المال من المفسوخ عليه الى

ملک الورثه و لا- ینتقل الیه بدله لأنه کالتالف بل یشتغل ذمه المیت بالبدل. نعم لا بد من الالتزام بتعلق حق الطرف بالمال المنتقل الی الورثه، و هذا بخلاف مسأله حرمان الزوجه بالنسبه الی العقار أو الولد غیر الاکبر بالنسبه الی الحبوه فانه لا مقتضی للإرث فیهما.

## [مسأله فی کیفیه استحقاق کل من الورثه للخیار مع أنه شی ء واحد غیر قابل للتجزئه و التقسیم وجوه]

### [وجوه فی کیفیه استحقاق کل من الورثه للخیار]

#### اشاره

أقول:

#### الوجه الاول ما نسب الی صاحب الجواهر قدس سره من استحقاق کل من الوراث خیارا مستقلا کمورثه

بحیث یکون له الفسخ فی الکل و ان أجاز الباقون، و لا- یقاس بارث المال، اذ لا یتعقل فیه هذا المعنی، فان المال الواحد لا یتصور فیه المالک المتعدد و الحق یتصور فیه التعدد، ولدا یکون حد القذف الذی لا یسقط بعفو بعض المستحقین متعددا، و استند ذلک الی قوله صلی اللّه علیه و آله «ما ترکه المیت من حق فلو ارثه».

و فیه: ان الروایه المذکوره ضعیفه السند، الا- أن الاطلاقات الوارده فی باب الارث تکفی لإثبات اصل الارث، فما ذهب الیه الجواهر کان متینا فی



...

مقام الثبوت، الا أنه لا دلیل علیه فی مقام الاثبات، فان المتروک من المیت لیس الا حق واحد فکیف یمکن التعدد.

و استشکل المصنف علیها دلاله بوجوه ثلاثه:

الاول: ان مفاد الادله بالنسبه الی المال المتروک و حق المتروک شی ء واحد و لا یستفاد منها بالنسبه الی المال الاشتراک و بالنسبه الی الحق التعدد، الا مع استعمال اللفظ فی المعنیین.

و فیه: ان المذکور فی النبوی الحق و لم یذکر فیه مال حتی یرد ما أورده المصنف، فانها تدل علی أن حق المیت لوارثه، الا أن النبوی ضعیف السند کما علمت و المدرک للإرث العمومات، فان المستفاد منها أن الترکه للوارث، و أما الاستقلال أو الاشتراک فیستفاد من دلیل خارجی.

الثانی: ان مقتضی ثبوت ما کان للمیت لکل من الورثه أن یکونوا کالوکلاء المستقلین، فیمضی السابق من اجازه أحدهم أو فسخه و لا یؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم الفسخ علی الاجازه علی ما ذکره صاحب الجواهر.

و فیه نقضا: بما لو کان للشخص الواحد خیار متعدد فباسقاط أحد الخیارات لا یسقط الباقی، و حلا لا یقاس المقام بالوکاله

المتعدده، فان الخيار لا يكون امرا واحدا هنا حتى لا يبقى موضوع له باعمال أحد الوراث، كما هو كذلك فى الوكلاء المتعددين. و بعباره أخرى: ان الخيار فى الوكاله المتعدده أمر واحد يجوز اعماله للمتعدد و فى المقام الخيار متعدد.

الثالث: ان المراد بالوارث فى النبوى و غيره مما أفرد لفظ «الوارث» المتحقق فى ضمن الواحد و الكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۵

...

الاربعه المتقدمه. و أما ما ورد فيه لفظ «الورثه» بصيغه الجمع فلا يخفى أن المراد به أيضا اما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى، و الاظهر هو الثانى.

و فيه ما أفاده السيد اليزدى: ان الجنس ليس الا الطبيعه، فيتعين الوجه الرابع. و اما ما ورد فيه لفظ «الورثه» فاما يكون المراد من الورثه جنس الجمع فيكون مقتضاه الوجه الثالث و هو كون المجموع للمجموع، و اما يكون المراد منه جنس الفرد فيتصور فيه الوجوه الاربعه، و اما يراد منه الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى.

**الوجه الثانى– أن يرث كل منهم الخيار فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص،**

لان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزيه و كان مقتضى أدله الارث- كما سيجى ء- اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم فيتعين تبعضه بحسب متعلقه.

و استشكل الشيخ قدس سره: بأن هذا الوجه و ان لم يكن منافيا لظاهر أدله الارث الا أن تجزئه الخيار بحسب متعلقه مما لم تدل عليه أدله الارث، أما النبوى فهو غير متعرض للتقسيم و أما ما تعرض فيه للقسمه فلا يستفاد منها ثبوت الخيار لكل منهم فى حصته.

أقول: ان الحق لو تقبل التجزيه باعتبار متعلقه فيشكل الامر فيما اذا لم يرث الورثه من العين، كما اذا لو كان الوارث زوجه

و ما ترک عقارا، فلا بد من الالتزام بعدم ارث حق الخيار و الحال انه لم يلتزم به أحد.

**الوجه الثالث– أن يرث المجموع من حيث انه مصداق للطبيعه لا من حيث انه مجموع،**

و يترتب عليه أنه لو أجاز واحد منهم لا يبقى مجال لفسخ الاخر، لان الخيار الواحد اذا قام بماهيه الوارث واحدا كان أو متعددا كان امضاء الواحد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۶

...

كفسخه ماضيا، فلا عبره بما يقع متأخرا، لان الاول قد استوفاه. و لو تقارنا زمانا فلا يؤثر شى ء منهما.

و لا- يخفى أن هذا المعنى لا- يتصور الا- بأن يكون الخيار قائما بالكلى لا- بالموجود الخارجى، فانه لو كان قائما بالموجود الخارجى فاما قائم بمجموعه و اما قائم بكل واحد منه و اما قائم بالبعض دون البعض، و لا يستقيم ما أفيد مع شى ء منها فلا بد من أن يكون قائما بالكلى نظير الخمس و الزكاه.

و أفاد الميرزا النائينى قدس سره: بأنه يتصور أن يكون الخيار قائما بصرف الوجود، فكل من بادر الى اعماله يؤثر. و لكن كما ذكرنا لا نتعقل هذا المعنى، فانه فى الحكم التكليفى أمر معقول، و أما فى الامر الوضعى فلا، فان الاهمال غير معقول، و عليه لا بد من بيان من قام به الخيار، و لكن لا مانع من القيام بالكلى، لكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات.

**الوجه الرابع– أن يكون لمجموع الورثه،**

بتقريب أن مقتضى أدله الارث بالنسبه الى الحقوق غير القابله للتجزيه و الاموال القابله لها أمر واحد.

و بعباره أخرى: ان أدله الارث طائفه منها داله على كون أولى الاحكام وارثا لما تركه الميت من الاموال، و يستفاد من الادله الخارجيه و التسالم أن الحقوق أيضا جزء لما ترک، و القدر المتيقن من الاحتمالات هذا الوجه، و هو استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار، و الاصل أيضا يقتضى عدم ثبوت حق أزيد من هذا، و هذا الوجه من أحسن الوجوه.

ثم قال المصنف قدس

سره: ثم ان ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكوره. نعم لو

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۷

...

علم ذلك من الخارج أتبع كما فى حد القذف، فان النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، و كذا حق القصاص.

و لكن الشهيد احتمل فى الدروس من أن أحد الورثه اذا عفى عن الشفعه كان للاخر الاخذ بكل المبيع. و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل، و يمكن أن يفرق بالضرر، فانه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشركاء كان اضرارا على غير العافى، و هذا غير موجود فيما نحن فيه.

و فيه: ان حق الشفعه لم يثبت لأجل الضرر حتى يرد ما قبل، و أما ضرر الشركه فقد كان حاصلا قبلا و انما تبدل شريك بشريك أخر، أضف الى ذلك أنه كما تكون الشركه ضررا على الوارث كذلك نقل المال عن الغير بلا اختيار له ضرر عليه.

**فرع: اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم،**

قال المصنف: ان كان عين الثمن موجودا فى ملك الميت دفعوه الى المشترى و ان لم يكن موجودا اخرج من مال الميت. و لو لم يكن للميت مال هل يجب على الورثه دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص؟ وجهان، وجه العدم أنه ليس لهم الا حق الفسخ كالأجنبى المجعول له الخيار فباعمال الخيار تنتقل العين الى ملك الميت و تشتغل ذمه الميت بالبدل ان لم يكن عوض موجودا، و وجه الوجوب أنهم قائمون مقام الميت فى الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع، فاذا كان المبيع مردودا على الورثه اشغلت ذممهم بثمنه من حيث أنهم كنفس الميت، كما أن معنى ارثهم لحق الشفعه استحقاقهم

لتملك الحصه بثمن مالهم لا من مال الميت.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ دام ظله: ان قياس المقام بباب الشفعه قياس مع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۲۸

...

الفارق، لان حق الشفعه عباره عن أن للشفيع أن يتملك الحصه المنتقله، و كان هذا منتقلا الى الورثه بدليل الارث، و هذا بخلاف الخيار فانه عباره عن ملك فسخ العقد، فما انتقل الى الورثه عباره عن ملك فسخ العقد، فمقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين الى محلهما الاصلى، فيلزم أن تنتقل العين الى ملك الميت و عوض العين اما يكون موجودا و اما يكون تالفا، اما على الثانى فتشتغل ذمه الميت كبقيه ديونه و اما ان كان موجودا فينتقل الى من عليه الخيار.

ان قلت: كيف ينتقل الى الطرف و الحال انه انتقل الى الوارث.

قلت: نعم انتقل الى الوارث لكن بالملك المتزلزل، فاذا فسخ خرج عن ملكهم.

ان قلت: لو كانت العين ملك الميت لتعلق به حق الغرماء، و الحال أنه خلاف السيره المستمره فى مورد خيار البيع، فانهم يردون الثمن الى الورثه بدون استثناء ديون الميت.

و فيه: ان السيره المذكوره على تقدير تسليم تحققها لعلها ناشئه عن قله مبالاتهم، و أما تحقق سيره المتشرعه فغير معلوم، و ثانيا فانه يمكن أن يكون من خواص الخيار برد الثمن فلا وجه للتعدى الى باقى الموارد لعدم اطلاق فى السيره، و ثالثا يمكن أن يؤدوا ديون الميت من مال آخر.

و يمكن أن يرد عليه: بأنه لا وجه لانتقال العوض الى الطرف، فان العوض اذا كان تالفا يضرب الطرف مع الغرماء فى المال الموجود، و ان كان موجودا فاما يكون متعلقا لحق الغرماء اذا كان مديونا و اما يكون ملكا للوارث ان لم يكن

مدیونا، و علی کلا التقدیرین لا وجه لرجوعه الی الطرف. نعم لا یبعد أن یکون للطرف أن یبقی العین عنده حتی یأخذ العوض.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۲۹

...

**مسأله: هل یشترط رعایه مصلحه الدیان فی الفسخ أم لا؟**

قال المصنف: فیه وجهان، من أن الحق منتقل الی الورثه بمقتضی أدله الارث و الخیار أیضا موجود لهم کما هو مقتضی أدلته، فلهم الفسخ سواء کان فی ذلک مصلحه الدیان أم لا.

و من أن عدم رعایه مصلحه الدیان اضرار علیهم، فهو منفی فی الشرع.

افاد السید الیزدی: ان الحق هو عدم الاشتراط، و علیه یمکن أن یقال:

لا یجوز لهم الفسخ اذا کان مضرا بالدیان، خصوصا اذا لم یکن فیه غرض الا الاضرار بالدیان.

أقول: بناء علی ما قلنا لا نتصور الضرر، اذ یکون المال ممنوعا من التصرف فیه. انه علی تقدیر القول بنفوذ التصرف و اشتراط أن لا یکون ضرر علیهم یکون مقتضی القاعده عدم نفوذ التصرف. و بعباره أخری: لیس مجرد حکم تکلیفی بل أمر وضعی، و علی تقدیر عدم المنع وضعا فهل علیهم الفسخ أم لا؟

ذهب السید الی الثانی، و الحق هو الاول، فیکون الفسخ حراما اذا کان فیه اضرار بالدیان.

ربما یقال: لا وجه للوجوب التکلیفی، لان غایه ما یقال فی المقام وجوب أداء الدین علی الورثه مما ترکه المیت، و بالفسخ یرفع الموضوع.

فانه یقال: ان الورثه یجب علیهم أداء دین المیت بمجرد انتقال ما ترکه فالفسخ بعده یکون حراما، علی أنه لو کان نفی الموضوع جائزا لکان ذلک فی مورد هبتهم، فلم یلتزم أحد بجواز هبه الورثه مما ترکه المیت قبل أداء دینه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۳۰

قوله: مسأله لو کان الخیار لأجنبی و مات ففی انتقاله الی وارثه کما فی التحریر او الی

المتعاقدين او سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- و ربما يظهر من القواعد- وجوه (۱).

قوله: مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار (۲).

## [مسأله لو كان الخيار لأجنبی و مات ففی انتقاله الی وارثه أو الی المتعاقدين او سقوطه وجوه]

أقول: الظاهر هو الوجه الثالث، فان المشروط له و ان كان من المتعاقدين لكن لا مقتضى للانتقال فيه، و أما انتقال الخيار الى وارثه فيتوقف على الامرين:

الاول كون الخيار حقا، و الثانی كونه من الامور التی يقبل الانتقال. اما الاول فقد ثبت و تحقق أن الخيار حق قابل للإسقاط، و أما الثانی فمحل تأمل، لان عمده الدليل فيه هو الاجماع، و القدر المتيقن أن الاجنبی له الخيار بالجعل و لكن هل ينتقل الى غيره أم لا و هو أول الكلام.

## [مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]

### اشاره

أقول: هل يسقط الخيار بالفعل كما يسقط بالقول؟ الظاهر أنه يسقط، فان الخيار أمر حقی قابل للإسقاط، و لا فرق بين أن يكون سبب اسقاطه القول أو الفعل. و هذا لا اشكال فيه انما الكلام فی أنه كما يسقط ببعض الافعال فيما تعلق بالمنتقل اليه كالوطی بالنسبه الى الجاريه المشتراه كذلک يحصل فيما تحقق بالنسبه الى المنتقل عنه أم لا الحق أنه لا وجه له.

ان قلت: الاجماع قائم بأنه كلما تحصل به الاجازه فيما تعلق بمورد الانتقال اليه يحصل به الفسخ فيما تعلق بمورد الانتقال عنه، هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى ان المستفاد من بعض النصوص كون بعض الافعال مسقطا للخيار و لو لم يقصد به الاسقاط.

و فيه: أولا ان الاجماع المدعى فی المقام ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۳۱

...

رأی المعصوم عليه السلام، و ثانيا ان القدر المتيقن من الاجماع عدم الفرق بين الاجازه و الفسخ فيما يكون للفعل ظهور عرفی.

و أما النصوص فهی مختصه بما انتقل اليه، فان التصرف فيه كانت اجازه و لا وجه للتعدی بما انتقل عنه، مضافا الى أن النصوص وارده فی خيار الحيوان

و المدعى عام منه، و أما كون التقبيل رجوعا فى الطلاق و ان لم يقصد به الرجوع حكم خاص فى مورد خاص لوجود خصوصيه فى الطلاق، كما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

ثم إنه أفاد المصنف قدس سره: أن من له الخيار لو تصرف فيما انتقل عنه فهذا دليل على الفسخ سواء كان تصرفا خارجيا او اعتباريا حملا لفعل المسلم على الجائز، فان أصاله حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبره شرعا من الامارات الشرعيه، فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبديه حتى يقال انها لا تثبت اراده التصرف للفسخ.

ثم ان التصرفات الاعتباريه كالبيع و الاجاره و النكاح و ان حلت لغير المالك لعدم عدها تصرفات فى ملك الغير، الا أنها تدل على اراده الانفساخ بها بضميمه أصاله عدم الفضوليه. و المراد بهذا الاصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصاله عدم الفسخ، مع أنه لو أريد به أصاله عدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصاله عدم الفسخ.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه: أما بالنسبه الى حمل فعل المسلم على الصحه فأولا يرد عليه النقض بكثير من الموارد، فانه لو شك فيما تكلم أحد بكلام مردد بين الشتم و السلام لا بد من رد جوابه بمقتضى الاصل المذكور و الحال أنه كما ترى، و كذا لو نرى أن مسلما يتصرف فى عين لا بد أن يلتزم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۲

قوله: هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به (۱).

بجواز شهاده كون الثوب له و هو كما ترى.

و ثانيا- ان البحث فى المقام لا ينحصر على المسلم بل بحث عام شامل للكافر أيضا، و الدليل المذكور يختص بالمسلم فقط.

و

ثالثا- انه ما المراد من أصاله حمل المسلم على الصحه، فان كان المراد منه الاصل الجارى فى باب المعاملات بالمعنى الاعم فلا شبهه فى جريانه و ترتيب الاثر عليه، و لكن لا يرتبط بالمقام، فانه لو أحرز جواز التصرف لأحد فعند تصرفه لو شك فى أنه كان جامعا للشرائط أم لا يحكم بالجامعيه، بلا فرق بين أن يكون المتصدى مسلما أو كافرا، و ان كان المراد من الاصل معنى قوله «قولوا له قولا حسنا» فهذا على مقتضى القاعده لو لم يدل عليه الآيات و الروايات الا أنه أجنبى عن المقام، فان مفاده عدم حمل فعل الغير على الفساد، أضف الى جميع ذلك كله أن الامارات لا يكون جميع لوازمها حجه كما حققنا ذلك فى الاصول.

و أما قوله بالنسبه الى التصرف الاعتبارى فهو متين فى بعض الموارد، فان قول البائع «بعت نصف الدار» فيما اذا كان داره مشتركا، ظاهر فى بيع نصف الدار المتعلق بنفسه و لا يعتنى بقوله «انى بعت دار شريكى»، و أما اذا كان فعله امرا اعتباريا متعلقا بمال الغير فلا ظهور فى كون تصرفه فى مال نفسه، و غايه ما يقال فى المقام أصاله عدم الفضوليه، و لكنها لا يثبت الفسخ الا على القول بالاصل المثبت.

### [هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به]

#### اشاره

أقول: وقع الكلام بينهم فى أن التصرف سبب للفسخ أو كاشف، فيه وجهان. ربما يقال لا يترتب على هذا البحث ثمره عمليه مهمه، الا أنه ليس كذلك، فعلى القول بالكاشفيه لم يكن تقبيل الجاريه حراما لحصول الفسخ قبله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۳

...

و لا تشمله قوله «لا تبع ما ليس عندك» فى تصرفاته الاعتباريه.

ربما يقال بكون التصرف كاشفا عن الفسخ، و لكنه خلاف ظاهر النصوص

الوارده فی باب خیار الحیوان، فان قوله «فذلک رضی منه» اشاره الی الفعل الخارجی بأنه مسقط.

هـذا أولاـ و ثانیا أنه یلزم أن لا یقع الفسـخ بالقول أبـدا، لأنه بمجرد التفوه به یکشف عن کونه منفسـخا قبله، اذ ما من قول الا و قبله قصد الفسخ.

و ثالثا- أفاد سـیدنا الاستاذ دام ظله: ان الفسخ لا یحصل الا بابراز ما فی النفس، و لذا لو أخبر الثقه بفسخ بیعه قبل شهر و لکن لم یبرزه نقول بعدم تأثیر هذا الفسخ.

و رابعـا- انه قول بلاـ دلیـل، اضف الی ذلـک أنه مخـالف للأصـل أیضا، فان مقتضـی الاصل یقتضـی عـدم تأثیره قبل الابراز. و الحاصل ان الفسخ من الامور الانشائیه، و الامر الانشائی عباره عن ابراز ما فی النفس بمبرز، فان المبرز قد یکون فعلا و قد یکون قولا.

و أما الاشکال المتوجه علی هذا القول تکلیفا و وضعا، فنتکلم فیه فی موضعین:

الاول فی الجهه التکلیفیه، الثانی فی الجهه الوضعیه:

(اما المقام الاول) فربما یقال بعدم جواز التصرف فی العین فی زمان الخیار، و مجرد حق الفسخ لا یقتضی ذلک، و علیه لا طریق لتصـحیح الوطی الذی یحصل به الفسخ، فان الوطی لا بد أن یکون فی الملک. الا أن یقال: ان الفسخ یحصل بأول جزء منه، فان لزوم تقـدم الفسخ علی الوطی رتبی، فلا اشـکال فی حصول الفسخ و الوطی فی زمان واحد. نعم لو کان لزوم تقدیم الفسخ علی الوطی زمانا لکان الامر مشکلا فی المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۳۴

...

(و أما الموضع الثانی) فالحق عـدم صـحه البیع و العتق و غیره من العقود من حیث عـدم مصادفتهما لملک العاقد التی هی شـرط لصحتهما.

ربما یقال: بصحه التصرفات المذکوره، لأنه

يحصل الفسخ بأول حرف من الجمله، فيدخل العين فى ملك الفاسخ، و بتمام الجمله يحصل البيع.

و فيه: ان هذا لا يكون فسخا، و لذا لو تكلم بأول حرف من جمله «فسخت» و لم يأت بالباقى لم يحصل الفسخ.

هذا أولا، و ثانيا ان البيع عباره عن إنشاء المعنى الكذائى، و هذا المعنى يلزم ان يقع على المملوك.

ان قلت: انه يعلق البيع على الملكيه، و ليس فيه اشكال، لأنه مما يتوقف عليه صحه العقد.

قلت: أولا يلزم جواز البيع معلقا على الاشتراء، بأن يبيع شيئا و لم يكن مالكا له عند البيع معلقا على اشترائه بعده كى يسلم على المشترى و لم يلتزم أحد بصحته، و حلا بأنه لا يجوز بيع ما ليس عنده حين البيع و ان حصل عنده بعده لان بيعه على نحو التنجيز بيع لمال الغير و على نحو التعليق فبطلانه أوضح من أن يخفى.

و قال الميرزا النائينى قدس سره: بأن الانشاء و ان لم يقع فى الملك الا أن المنشأ يقع فى الملك. و بعباره أخرى: يحصل الفسخ بالانشاء و البيع بالمنشإ.

و فيه: ان هذا يتوقف على كون الانشاء غير المنشأ، و الحال انهما أمر واحد و انما الفرق بينهما بالاعتبار.

و الانصاف أن إنشاء البيع لا بد أن يقع فى الملك، و لا يحصل الفسخ و البيع بلفظ واحد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۵

...

و قد يقرر هذا بما نقل التذكره عن بعض العامه من أن الشى ء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، كما أن التكبيره الثانيه فى الصلاه بنيه الشروع يخرج بها عن الصلاه و لا يشرع بها فى الصلاه. و بأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع،

و هذا من الدور الباطل.

و أجاب العلامه قدس سره عن الاشكال الاول فى التذكره بمنع عدم صحه حصول الفسخ، و العقد بشى ء واحد بالنسبه الى الشيئين. و بعباره واضحه: ان الممنوع انما هو كون الشى ء الواحد فسخا و تمليكا بالنسبه الى أمر واحد، فالفعل الواحد لا يعقل أن يكون تمليكا و فسخا لذلك التمليك، و أما كونه فسخا لملكيه و محدثا لملكيه اخرى فلا مانع منه.

و يمكن أن يقرب الاشكال الاول بوجه آخر، و هو أن الفسخ استرجاع للملك و العقد اخراج عن الملك، و لا يعقل الاخراج الا بعد الادخال، فلا يمكن أن يخرج عن الملك و يدخل فيه بأمر واحد فى آن واحد.

الاـ أن يجاب عنه بأن الفسخ يحصل بأول حرف من «فسخت» و البيع يحصل بتمامه، الا أن يكون السبب أمرا بسيطا كإشاره الاخرس، فان الامر مشكل فيه.

و أفاد المصنف فى المقام بأنه لو قلنا بأن الانشاء يلزم أن يكون فى الملك يشكل بأن صحه العقد تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فاذا فرض العقد أو جزء من اجزائه فسخا كان سببا لتملك العاقد مقدما عليه، لاـن المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئه سببا لتملك كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء، و الا لزم تقدم وجود المسبب على السبب، و الجزء الذى لا يتجزى غير موجود فلا يكون سببا. مع أن غايه الامر حينئذ المقارنه بينه و بين التملك، و قد عرفت أن الشرط بمقتضى الادله سبب التملك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۶

...

على جميع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفيه.

و الحق أن ما أفاده المصنف تحقيق دقيق، لكن

يمكن دفع الاشكال: بأن الامر فى هذا المقام موكول الى العرف و بنظره لا يكون تأخر و تقدم بل مقارنه و هى تكفى.

و أما الجواب عن الاشكال الثانى- و هو الدور- فأجاب الشهيد قدس سره بمنع الدور التوقفى و ان الدور معى، الا أنك عرفت أن الدور توقفى. و الحق فى دفع الاشكال ما تقدم منا آنفا من أن الفسخ يحصل بالجزء الاول و البيع يحصل بتمامه.

و الحق فى الجواب: هل يمكن أن يدخل المقام فى مسأله «من باع شيئا ثم ملك»؟ قال المصنف: انه بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازه العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا فى مسأله الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازه.

لكن هذا على تقدير القول به و الاغماض عما تقدم فى العقد الفضولى لا يجرى فى مثل العتق الغير القابل للفضولى.

أقول: ان أصل المدعى لا بأس به، الا أن قاعده من باع شيئا ثم ملك لا دليل عليها كما حققنا فى محله.

ثم قال المصنف: يمكن أن يقال ان المستفاد من الادله عدم وقوع البيع فى ملك الغير بغير اذنه، فالممنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا- وقوع بعض اجزائه، اذ لا- دلاله فى أدله اعتبار الملكيه فى المبيع الا- على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، و الحصر فى قوله «لا بيع الا فى ملك» اضافى بالنسبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۷

قوله: فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال «اعتقهما» فربما يقال بانعتاق الجاريه دون العبد، لان الفسخ مقدم على الاجازه (۱).

الى البيع فى ملك الغير أو فى غير الملك كالمباحات الاصليه، فلا- يعم المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير. و الانصاف

ان ما ذهب اليه لا يمكن مساعدته، لان حمل الحصر على الاضافى خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالدليل.

و أيضا قال المصنف: ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل بتمامه، فيقع النقل فى الملك.

و فيه: انه لا دليل على كون المراد بالبيع هو النقل العرفى، بل انه كما حقق فى محله امر اعتبارى مبرز بالابراز تاره يكون موضوعا للاعتبار الشرعى و أخرى للعرفى و ثالثه لا يكون موضوعا لكليهما كبيع السفيه.

ثم انه قال: نعم التصرفات الفعليه المحققه للفسخ كالوطى و نحوه لا وجه لجواز الجزء الاول منها، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون حلالا ـ بتمامه. و توهم أن الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولا كان أو فعلا فاسدا، فان معنى جواز الفسخ الجواز الوضعى أعنى الصحه لا التكليفى، فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ.

و أفاد السيد اليزدى قدس سره: أنه لو سلمنا افادته للجواز التكليفى أيضا فنقول أنه يدل على الجواز من حيث أنه فسخ لا من جميع الحيثيات، فالوطى مرخص فيه من حيث أنه فسخ لكنه حرام من جهه عدم الملكيه.

و يرد عليه: انه كلام خيالى لا واقع له، فانه لا دليل على الجواز كى يقال بأنه حيثى.

**[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له]**

**اشاره**

أقول: و يرد عليه كما أفاده المصنف بأنه لا مجال لهذا البيان فى المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۸

...

فان تقدم الفسخ على الاجازه فيما يكون من الطرفين اذ لا تنافى بين الامرين.

و يظهر الامر فيما لا يكون خيار الامن طرف واحد، فانه لو فسخ ينفسخ العقد بلا كلام.

و الحق أن يقال:

**تحقيق الحال فى هذا الفرع يقتضى البحث عن صور:**

**(الصوره الاولى) أن يقصد بالعتق إنشاء الفسخ و الاجازه معا،**

قال السيد:

فهذه الصوره لا تتصور، اذ لا يمكن قصد الفسخ و الاجازه بالنسبه الى عقد واحد فى زمان واحد.

و فيه: ان الامر الاعتبارى خفيف المئونه، فلا اشكال فى اعتبار الفسخ و الاجازه فى زمان واحد. الا أن الامر مشكل فى ناحيه المنتهى، اذ تحقق كلا الامرين شرعا محال و تعين أحدهما دون الاخر ترجيح بلا مرجح. هذا بالنسبه الى الاجازه و الفسخ، و أما بالنسبه الى العتق فمقتضى القاعده صحه العتق بالنسبه الى العبد لتماميه أركانه، و البطلان بالنسبه الى الجاريه لعدم كونها ملكا للمشترى، فلا يصح الا بنحو الفضولى غير الجارى فى العتق.

**(الصوره الثانيه) أن يقصد بالعتق إنشاء الاجازه فقط،**

فمقتضى القاعده تحقق الاجازه لوجود المقتضى و عدم المانع، و يصح عتق العبد لوقوعه فى الملك و يبطل بالنسبه الى الجاريه، اذ عتق الجاريه موقوف على قصد الفسخ و المفروض عدمه.

**(الصوره الثالثه) أن يقصد إنشاء الفسخ دون الاجازه،**

و فى هذه الصوره ينفسخ العقد بمقتضى الفسخ و يصح العتق بالنسبه الى العبد لوقوعه فى الملك و يصح بالنسبه الى الجاريه أيضا لدخولها فى الملك بالفسخ.

ان قلت: هذا يصح فيما اذا تقدم الفسخ على العتق و المفروض مقارنتهما فيؤثر كل منهما أثره.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۳۹

قوله: مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ (۱).

**(الصوره الرابعه) أن يعتق مع الغفله عن الفسخ و الاجازه،**

فعتق العبد صحيح و أما عتق الجاريه فالظاهر بطلانه، لان العتق التنجيزى لا يمكن لعدم كونه مالكا له حينه و العتق الفضولى باطل.

**(الصوره الخامسه) لا يقصد شيئا منهما،**

و حكمها ظاهر.

### (الصوره السادسه) أن يصدر هذا الامر مع الجهل بكيفيته،

فالظاهر عدم الحمل على شى ء منهما لكونه ترجيحا بلا مرجح فلا يتحقق الاجازه و لا الفسخ.

فظهر أن قول الشيخ فى تضعيف ما ربما يقال ينعتق العبد دون الجاريه، لاـ يساعد عليه بل هو قوى كما عرفت، و القول بأنه يتوقف على الاجازه دعوى بلا دليل، بل لو فسخ بعد ذلك ينفسخ العقد، و حيث أن البدل تالف حكما يدفع بدله.

ثم انه لو فرض الخيار لبايع العبد دون مشتريه فلا شبهه فى عدم تأثير الاجازه و الفسخ، لان المفروض أنه ليس لمشترى العبد الخيار، و أما العتق فبالنسبه الى العبد يتوقف على نفوذه ممن ليس له الخيار، و أما بالنسبه الى الجاريه فلا يصح لعدم الملك، و الفضوليه غير جاريه فى الايقاع بالإجماع.

و أما لو كان الخيار لهما فتاره يجوز تصرفهما فى العين فى زمن الخيار و أخرى لا يجوز، و على الاول الكلام فيه هو الكلام فى الصوره الاولى، و على الثانى فلو قصد بالعتق الفسخ يصح عتق الجاريه.

## [مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]

### اشاره

أقول: ان الكلمات مختلفه فى المقام، قول بجواز التصرف مطلقا، و قول بعدمه مطلقا، و قول بوقوعه جائزا الا انه متزلزل ما دام الخيار موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۰

...

و لا يخفى أن هذا القول يبتنى على مسلك الطوسى، و اما على القول بعدم تحقق الملكيه الا بعد انقضاء الخيار، فلا مورد لهذا القول، اذ المفروض أن العين لا تكون مملوكه للمتصرف، و مع فرض عدم الملكيه لا يجوز التصرف لا تكليفا و لا وضعا. و هذا على طبق القاعده، فالكلام على مبنى تحقق الملكيه بالعقد،

### و يقع الكلام فى المقام من جهات:

### الجهه (الأولى) فى جواز التصرف تكليفا،

و ربما يقال بأنه لا يجوز التصرف فى العين بتصرف يكون مبطلا و معدما للموضوع، و ذلك لان الخيار متعلق بالعين فكما أن التصرف فى ملك الغير حرام لكونه غصبا كذلك التصرف فى متعلق حق الغير حرام.

و يرد عليه: أولا انه على هـذا البيان لا فرق بين عير ذى الخيار و من له الخيار فان الملاك واحـد، و الحال أن عنوان الكلام يدل على اختصاص الاشـكال بغير ذى الخيار. و ثانيا ان الخيار قائم بالعقـد لا بالعين، و الـدليل عليه أنه يجوز التفاسـخ حتى بعد تلف العين.

و للميرزا قدس سـره تقريب فى المقام، و هو: أن الخيار متعلق بالعقد بما أنه طريق الى شـخص العين لا الى ماليته، و بنى ما أفاده قدس سـره على مسأله ضـمان اليد، فانه لو قلنا بأن المدار على يوم التلف فالطريق طريق الى الماليه، و ان قلنا بأن المدار على يوم الاداء فالطريق طريق الى شخص العين، و حيث أن المدار على يوم الاداء فلا يجوز التصرف فى العين بل يجب ابقاؤها.

و يرد عليه: انه ما المراد من الطريقيه، فانه ان كان

المراد بها أن العقد واسطه فى العروض فيكون المعروض فى الحقيقه العقد و لا مدخليه للعين فهو كما ترى، و ان كان المراد انه واسطه فى الثبوت- أى يكون الحق المتعلق بالعقد واسطه فى تعلق حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۱

...

بالعين و فى الحقيقه يتعدد الحق- فهو أمر ممكن فى حد نفسه لكن لا دليل عليه.

**(الجهه الثانيه) فى جواز التصرف الوضعى و عدمه،**

و مما ذكرنا فى الجهه الاولى ظهر الحال فى هـذه الجهه أيضا، اذ بعد فرض كون العين مملوكه لمن عليه الخيار و عدم تعلق حق بها لا وجه لعدم الجواز، بل الجواز على القاعده.

مضافا الى أنه لو سلم تعلق حق طولى متعلق بالعين كما عليه الميرزا فلا وجه لعدم جواز التصرف البيعى، لان مجرد البيع لا يعدم العين. فعلى الفرض الـذى ذهب اليه الميرزا لا بـد من الالتزام بصـحه البيع، غايه الامر لو فسـخ ذو الخيار ينفسخ العقد الاول. نعم بناء على القول المذكور لا يجوز التصرف المعدم للعين، اما تكوينا كالأكل و اما اعتبارا كالعتق، حيث ان الحر لا يرجع رقا.

**(الجهه الثالثه) فى أنه هل يكون فرق بين الخيار الشرعى و بين الخيار الجعلى المتحقق بالشرط،**

يقع الكلام فى مورد الخيار الجعلى فى موضعين:

الاول- فى الحكم التكليفى، أفاد الاستاذ دام ظله بأن الغرض من الشرط فى الغالب ابقاء العين فلا يجوز التصرف تكليفا.

و فيه: ان الغالب لا يفيد فى غير الغالب، مضافا الى أن الغرض لا أثر له بل لا بد من القصد و الانشاء على طبقه، فما أفاده غير تام.

الثانى- فى الحكم الوضـعى، و الظاهر نفوذ التصـرف لعدم وجه للفساد كما هو ظاهر. نعم لو قلنا بأن التصـرف حرام تكليفا و قلنا بأن الحرمه التكليفيه تقتضى الفساد وضعا يلزم الفساد لكن فى كلا الامرين نقاش.

ثم انه هل يكون فرق بين كون العقـد الثانى جائزا و بين كونه لازما؟ الظاهر أنه لا فرق، و لا مجال لانحلال العقـد الثانى بانحلال العقد الاول، فان العقد الثانى لا يرتبط بالعقد الاول بل صدر من أهله و وقع فى محله، و أيضا ظهر أنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۲

...

لا مجال للقول بأنه يلزم من عليه الخيار بالفسخ.

و ببيان أوضح ان من

له الخيـار بعـد الفسـخ امـا يملـک العين بانتقالهـا من يـد المشترى الثـانى و هـذا لاـ وجه له کما مر، و اما يملکها مع کونها ملکا لمالکهـا الاـول و هـذا غير معقول، و اما يملک العوض من المثل أو القيمه و عليه لا وجه لإجباره على الفسـخ. و لا يقاس المقام بباب بدل الحيلوله، فان المغصوب منه فى ذلک الباب يملک نفس العين بخلاف المقام.

ثم انه لو قلنا بانفساخ العقد الثانى فهل يکون من حين انفساخه أو من الاصل؟

اختـار صـاحب المقـابيس أنه من الاصـل، محتجا بأن مقتضـى الفسـخ تلقى کل من العوضـين من ملک کل من المتعاقـدين، فلا يجوز أن يتلقى الفاسـخ الملک من العاقـد الثانى، بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الاول و رجوع العين الى المالک الاول ليخرج منه الى ملک الفاسـخ، الا أن يلتزم بأن ملک العاقـد الثانى الى وقت الفسـخ، فتلقى الفاسـخ الملک بعـد الفسخ من العاقد الاول و رده بعدم معروفيه التملک الموقت فى الشرع.

و لکن يمکن أن يقال: ان مقتضـى الجمع بين الادله القول بانفساخ العقد من حين الفسخ، حيث أن مقتضـى بعض الادله اشتراط کون البـائع مالکـا للمبيع، و مقتضـى الاـخرى جواز استرجـاع البائع العين المبيعه فى زمن الخيار، و مقتضـى الثالثه کون المشترى مالکا لها ما دام لم يفسـخ، فمقتضـى الجمع بينهما ما ذکرنا من الالتزام بانفساخ العقـد من حين الفسخ، فيکون منفسـخا على نحو النقل لا الکشف.

ثم انه على القول بممنوعيه التصـرف فى زمن الخيـار فالمقـدار المعلوم من المانعيه هو زمان تحقق الخيار فعلا کخيار المجلس و الحيوان، و أما لو لم يتحقق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۳

قوله: فرعان الاول لو منعا عن التصرف

المتلف فى زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين كوطى الامه فى زمان الخيار بناء على أن الاستيلاد مانع من رد العين بالخيار قولان (١).

بعد اما لعدم تحقق سببه كخيار التأخير الناشئ عن تضرر البائع أو لعدم تحقق شرطه كما فى بيع الخيار بشرط رد الثمن ففيه اشكال، و منشأ الاشكال من أنه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف، و من أن المانع من التصرف موجود و هو تزلزل العقد فلا يجوز.

و فصل المحقق النائينى بين خيار الاشتراط و بين الخيارات التعبديه، بالالتزام بعدم جواز التصرف فى الاول دون الثانى، بتقريب أن الشرط يوجب حقا لمن له الشرط فالحق موجود بالفعل و لذا يكون قابلا للإسقاط و لا يكون من اسقاط ما لم يجب، و هذا التقريب لا يجرى فى القسم الاخر.

و يرد عليه: أن المانع الحق المتعلق بالمال و بالشرط لا يتعلق حق بالمال و لا بالعقد بل طرفاه المتعاقدان، فلا موضوع لهذا الكلام.

---

قمّى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١۴٠٠ ه‍ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ۴، ص: ۴۴٣

و فصل الشيخ بوجه آخر، و هو الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان و المتوقف على شى ء آخر كالتأخير و الرؤيه على خلاف الوصف، لان ثبوت الحق فى الاول معلوم و ان لم يحضر زمانه بخلاف الثانى.

و فيه: نقضا ان ثبوت الحق فى غير المتوقف على الزمان قد يكون معلوما، و حلا ان الحكم تابع لموضوعه، فلا وجه للالتزام بتحققه قبل تحقق موضوعه، و موضوع عدم جواز التصرف هو الخيار، و المفروض أنه لم يتحقق فلا

وجه للممنوعيه عن التصرف.

## [فرعان]

### [الأول لو منعا عن التصرف المتلف فى زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين]

أقول: وجه الجواز أمران: الاول ان الممنوع منه التصرف المتلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۴

قوله: الثانى انه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار (۱).

و اما جعل العين معرضا للتلف حراما فليس و لذا يجوز تعريض العين للبيع، و الثانى استصحاب عدم تحقق الاستيلاد.

و أورد الميرزا النائينى قدس سره على كلا الوجهين:

أما فى الوجه الاول- فبأن قياس المقام بالتعريض مع الفارق، اذ البيع أمر اختيارى، فيمكن أن الشخص يعرض العين للبيع لكن لا يبيع، و أما الاستيلاد فليس اختياريا بعد الوطى.

و أما فى الوجه الثانى- فبأن اتصال الماء بالرحم ليس موضوعا للحكم، بل الموضوع للحكم هو الوطى الموجب للحمل، و لا يجرى فيه الاستصحاب اذ النعتى منه ليس فيه حاله سابقه و المحمولى منه ليس حجه.

و فيه: أولا- ان أصاله الاباحه و أصاله الحليه كافيتان لإثبات المطلوب، و ثانيا لا مانع من جريان استصحاب العدم الازلى فى المقام، و ثالثا انه لا شبهه فى أن الوطى بنفسه ليس موضوعا للحمل بل لا بد من اتصال النطفه بالرحم، و لا مانع من جريان اصل عدم الاتصال.

### [الثانى أنه هل يجوز إجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار]

أقول: ان هذا البحث مبنى على عدم جواز التصرف فى العين، يظهر من كلام الشيخ فى وجه عدم الجواز أن الاجاره تنافى حق ذى الخيار على العين. و لكنك ترى أنه لا منافاه بينهما، فان البائع باعمال الخيار يسترد العين الى ملكه، و ليس من لوازم الملكيه التصرف فى جميع منافعها فانها تبقى تحت يد المستأجر خارجا الى أن تنقضى مده الاجاره.

ثم ان على تقدير صحه الاجاره هل تنفسخ الاجاره بفسخ ذى الخيار أم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۵

...

لا؟ ما يمكن أن يقال فى

وجه الانفساخ أمور:

(منها) ان ملكيه المبيع للمشترى يكون الى حين الفسخ، فانه ليس نقض أمر ثابت، بل هو من باب ضيق فم الركيه، فالرجوع الى من له الخيار على القاعده.

و فيه: انه خلاف ظاهر الملكيه المطلقه، فان مقتضاها كونه مالكا لمنفعتها الى الابد، و الفسخ يرفعها و بالنسبه الى المنافع لا مجال للرجوع.

(و منها) ان الفسخ يقتضى عود الشى ء الى ما كان بحاله الاول، فرجوعه الى ما كان يتوقف الى انفساخ الاجاره حتى يتحقق معنى للفسخ.

و فيه: ان مقتضى الفسخ و ان كان كما ذكرت الا أن مقتضى الجمع بين الادله يقتضى عدم انفساخ الاجاره، لأنها صدرت من أهله و وقعت فى محله، فيعود الملك اليه مسلوبه المنفعه فى مده الاجاره.

(و منها) أنه يجب على المشروط عليه ابقاء العين مع جميع خصوصياته فى زمن الخيار، و هو ممنوع من التصرف و لو بالاجاره.

و يرد عليه: لو سلم أن دائره الشرط تشمل حتى الاجاره، لكن نقول بأن الشرط لا يقتضى المنع الوضعى، و الحرمه التكليفيه لا يلازم الجهه الوضعيه، بل النسبه بينهما عموم من وجه، و من الجائز أن يكون اجارته حراما تكليفا و صحيحا وضعا.

ثم انه لو قلنا بعدم الجواز، فلو اجرى المشترى العين من ذى الخيار أو باذنه ثم فسخ قال الشيخ يعود الملك الى الفاسخ مسلوب المنفعه.

ان قلت: ان ملك المنفعه تابع لملك العين، بمعنى أنه اذا ثبت الملكيه فى زمان و كان زوالها بالانتقال الى آخر ملك المنفعه الدائمه، لان المفروض أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۴۶

...

المنتقل اليه يتلقى الملك من ذلك المالك فيتلقاه مسلوب المنفعه، و أما اذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد اليه

متلقی عن المالک الاول و مستندا الیه بل کان قبل تملک المال الاول فیتبعه المنفعه، کما لو فرضنا روال الملک بانتهاء سببه لا برفعه، کما فی ملک البطن الاول من الموقوف علیه، فان المنفعه تتبع مقدار تملکه.

قلت: أولا منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجاره مع عدم التزام أحد ببطلان الاجاره، و ثانیا أنه یکفی فی ملک المنفعه الدائمه تحقق الملک المستعد للدوام لو لا الرافع آنا ما، و لیس المقام کالوقف، فان البطن اللاحق یتلقی الملک من الواقف لا من البطن السابق، فاجاره البطن السابق تبطل بموته.

أقول: تحقیق الحال یقتضی أن یقع الکلام فی جهتین: الاولی ان الاجاره تبطل بالفسخ بقاء، الثانیه ان العین ترجع الی الفاسخ مسلوبه المنفعه.

أما الجهه الاولی- فالحق کما ذکره المصنف عدم بطلان الاجاره، و قد أشبعنا الکلام فیه.

و أما الجهه الثانیه- فالظاهر من الفسخ رجوع العین الی الفاسخ علی ما هو علیه، و المفروض أن العین لم تکن مسلوبه المنفعه، و حیث أنه لا وجه لفساد الاجاره بقاء فیلزم الغرامه أداء بأجره المثل و لیس مجال لبدل الحیلوله کما أفاده سیدنا الاستاذ، لأنه یختص بما کان المبدل ملکا لمالکه و المنفعه لیست ملکا للفاسخ اذ المفروض أنه انتقلت الی الغیر.

ثم انه لو أذن ذو الخیار فی التصرف هل یسقط خیاره بهذا التصرف؟ قال الشیخ نعم، اما لدلاله الاذن علی الالتزام بالعقد عرفا و اما لان التصرف الواقع باذن صاحبه تفویت لمحل هذا الحق و هی العین، و لا یتعلق الحق بالبدل لان

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۴۷

قوله: مسأله المشهور أن المبیع یملک بالعقد و أثر الخیار تزلزل الملک بسبب القدره علی رفع سببیته (۱).

أخذ البدل بالفسخ فرع تلف

العين فی حال حلول الحق فيه لا مع سقوطه عنه.

و يرد عليه: بأن ما أفاده مبنی علی كون الإذن فی التصرف دليلا علی الالتزام بالعقد، و كذا ما ذكره من الاستدلال مبنی علی كون متعلق الخيار هو العين، و أما اذا كان متعلقه العقد كما هو الحق فلا مجال لما ذكره.

و لو اذن فی التصرف و لم يتصرف فهل يكون مسقطا للخيار أم لا، أفاد المصنف أن اذن ذی الخيار فی التصرف المخرج فيما انتقل عنه للأجنبی فسخ عند العرف، و أما اذنه للمشتری فی التصرف هل هو اجازه و اسقاط لخياره أم لا، تردد المصنف فيه، فمال فی أول كلامه بعدم مسقطيته و مال فی آخر كلامه الی كونه مسقطا حيث قال: نعم يمكن القول باسقاطه من جهه تضمنه للرضا بالعقد، فانه ليس بأدون من رضا المشتری بتقبيل الجاريه، و يؤيده روايه السكونی «۱» فی كون العرض علی البيع التزاما.

أقول: ينبغی أن يقع البحث فی مقامين: مقتضی القاعده و مقتضی النص، أما علی القاعده فلا وجه لكون الاذن مسقطا الا أن يدعی الظهور العرفی فی ذلك و أما النص فهو ضعيف لا يعتمد عليه.

## [مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدره علی رفع سببيته]

### اشاره

أقول: و استدل علی ذلك بوجوه:

**(الاول) أن مقصود المتبايعين من البيع حصول الملكيه من أول الامر و امضاء أدله البيع علی ما قصداه،**

فان العقود تابعه للقصود.

و استشكل عليه الشيخ بأن هذا من أضعف الوجوه، لان المتبايعين و ان

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۲ من ابواب الخيار، الحديث ۱.



...

كان غرضهما حصول الملك من حين العقد الا أن تخلف الاغراض ليس بعزيز فی باب المعاملات.

و يرد فيه: ان المتعاقدين اما قصدا حصول الملكيه من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، و لا ثالث لاستحاله الاهمال فی الواقعيات، و حيث أن الثانی مردود باعتراف المدعی فيبقی الاول- و هو قصدهما من حين العقد- فيشمله دليل وجوب الوفاء

على طبق ما قصداه. و أما مسأله الصرف و السلم فانه تعبد خاص، و الشارع علق الملكيه على أمر متأخر عن العقد، فان زمام الامر بيد الشارع.

لكن لا يخفى أنه كما قال الاستاذ دام ظله لا يكون هذا الاستدلال فى قبال الاستدلال بالعمومات مستقلا، بل مجموع الامرين يفيد المدعى.

**(الثانى) ما استدل به المصنف من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار»،**

بتقريب أن الخيار استرجاع العين، و هو فرع الخروج عن ملكه، فتكون الملكيه حاصله من الاول.

و أورد عليه المحقق الايروانى: أن ما ذهب اليه المصنف قدس سره يبنى على تعلق الخيار بالعين، و لكنه ليس كذلك بل هو متعلق بالعقد، و عليه لا يستلزم الخيار تحقق الملكيه.

أقول: ان ما أورده متين جدا.

**(الثالث) ما دل «۱» على جواز النظر الى الجاريه فى زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك،**

فانه يدل على تحقق الملكيه قبل انقضاء الخيار.

و فيه: انه يمكن أن يكون حكم الامه فى المقام نظير باب الزوجه المطلقه،

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۴ الباب ۴ من ابواب النكاح، الحديث ۳.



...

كما أنه يحصل الرجوع بأدنى التصرف بناء على انقطاع الزوجيه بالطلاق كذلك المقام. و ثانيا ان غايه ما يستفاد من الروايه سقوط الخيار بالنظر، و أما كونه جائزا فلا يستفاد منها فلا يدل على الملكيه. و ثالثا ان النزاع فى حصول الملك بالعقد و عدمه لا يشمل ما اذا اختص الخيار بالمشترى، فان الطوسى قطع فيه بحصول الملكيه من حين العقد، و المقام من هذا القبيل فان الخيار مختص بالمشترى.

**(الرابع) ما دل من كون نماء المبيع فى بيع الخيار برد مثل الثمن للمشترى،**

كصحيحه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد اللّه عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال:

أبیعک داری هذه و تکون لک أحب إلی من أن تکون لغیرک علی أن تشترط لی ان أنا جئتک بثمنها الی سنه أن ترد علی. فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الی سنه ردها علیه. قلت: فانها کانت فیها غله کثیره فأخذ الغله لمن تکون الغله.

فقال: الغله للمشتری، ألا تری انه لو احترقت لکانت من ماله «۱».

بتقریب: ان النماء تابع للأصل فیکون النماء للمشتری یدل علی کون المبیع للمشتری، فان مقتضی اطلاقه ثبوت الحکم حتی مع وجود الخیار من أول الامر.

**(الخامس) ما یتمسک بالاخبار الوارده فی العینه، و هی أن یشتری الانسان شیئا بنسیئه ثم یبیعه بأقل منه فی ذلک المجلس نقدا،**

حیث أن بعض هذه الاخبار یشتمل علی فقرات یستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحیح بشار بن یسار قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یبیع المتاع بنساء فیشتریه من

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من ابواب الخیار، الحدیث ۱.



...

صاحبه الذی یبیعه منه. قال: نعم لا بأس به. فقلت له: اشتری متاعی؟ فقال:

لیس هو متاعک و لا بقرک و لا غنمک «۱».

بتقریب: ان جواز بیعه یدل علی کونه مالکا له، و کذا یمکن أن یستدل علیه بذیل الروایه حیث قال «لیس هو متاعک»، فانه یدل علی خروج العین بالبیع.

و فیه: ان غایه ما یستفاد من اطلاق الروایه کون البیع مقتضیا للملکیه، و لا ینافی ذلک بالدلیل الدال علی حصولها بعد انقضاء الخیار.

و أجاب عنه الشیخ بأن جواب الامام علیه السلام مبنی علی جواز بیعه علی البائع، لان تواطئهما علی البیع الثانی اسقاط للخیار من الطرفین.

و فیه: ان

التواطؤ لا يسقط الخيار لعدم الدليل عليه، و الاشكال بأنه لو دل دليل على عدم ثبوت الملك مع الخيار لا يعارضه هذا النص و ما يكون بمضمونه فى محله.

و أيضا: أجاب بأنه لو سلم ما ذكر من الدلاله على ملك المشهور لم يدفع به الا القول بالنقل دون الكشف.

و فيه: ان الظاهر المستفاد أن العقد الثانى بما هو موجب لسقوط الخيار، بلا فرق بين القول بالكشف او النقل.

**(السادس) ما استدل به العلامه فى التذكره على ثبوت الملكيه بالعقد بصحيحه محمد بن مسلم**

عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا. قال: فقال المال للبائع انما باع نفسه، الا أن يكون شرطه عليه ان ما كان له مال أو متاع فهو له «۲». بتقريب انه استفاد ان مال المملوك للمشترى.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من ابواب احكام العقود، الحديث ۳.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۷ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ۱.



...

و يرد عليه: ان النص المذكور لا- ينافى ما دل على حصول الملك بعد انقضاء الخيار. و بعباره أخرى: هذه النصوص لا تعرض فيها لحصول الملكيه من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، فان المستفاد من هذه النصوص ان مال العبد تابع له فيما يشترط أو فيما يعلم به البائع و مطلقا اذا لم يقيد خلافه.

**(السابع) قوله صلى اللّه عليه و آله «الخراج بالضمان»**

بتقريب ان المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبايع فى ضمان المشترى فخراجه له، و هى علامه ملكه.

و فيه: أولا انها ضعيفه لا يتمسك بها، و ثانيا كون المشترى ضامنا له فى مده الخيار أول الكلام.

هذا تمام الكلام فى الادله التى أقاموها لحصول الملكيه بالعقد، و يقع الكلام فيما استدل على حصول الملكيه بعد انقضاء الخيار ببعض النصوص، كقوله «تلف المبيع فى زمن الخيار من مال بايعه» «۱» بتقريب: ان الخراج بالضمان فيدل على كون المبيع فى زمان الخيار للبائع، فانه بعد ما ثبت ضمان البائع نلتزم بكونه مالكا للعين للتلازم المستفاد من تلك القاعده.

و يرد فيه: أولا- ما عرفت آنفا أن النبوى المذكور ضعيف لا- يعتمد عليه، و ثانيا ان شمول كلام الطوسى للخيار المختص بالمشترى أول الكلام، و ثالثا انه لو أغمض عن ضعف السند و

يتمسك باطلاق الخراج بالضمان يلزم تأسيس فقه جديد.

و لنا أن نقول: ان المراد بالضمان فى الروايه ليس مطلق الضمان، بل الظاهر منه الضمان المعاملى، فيكون المعنى أن الضمان المتعلق بالعين يقتضى

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ۵ و ٨ من ابواب الخيار، الحديث ٢ و ٢.



...

ملك المنفعه، فيكون أجنبيا عن محل الكلام. و ثانيا ان المستفاد من قوله «ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك» حصول الملكيه بالعقد، و ثالثا ان المستفاد من الروايات الوارده فى باب خيار الحيوان ان الملكيه تحصل بالعقد، و هى كثيره و ان كان بعضها ضعيفا الا ان فى صحيحها غنى و كفايه، و هو قوله «صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثه ايام» «١» و قوله «صاحب الحيوان ثلاث» «٢».

قال المصنف: و على أى حال ان الاخبار الداله على كون الضمان على البائع اما أن تجعل مخصصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك و الضمان أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله، فيرجع بعد التكافؤ الى أصاله عدم حصول الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار، و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات أعظمها الشهره المحققه المؤيده بالإجماع.

و فيه: أولا ان قانون التلازم قد ناقشنا فى روايته سندا و دلاله.

و ثانيا- على فرض التكافؤ لا وجه لرجوعه الى الاصل، لان الجمع الدلالى ما دام ممكنا لا تصل النوبه الى الجمع السندى، فان ما دل على كون المبيع للمشترى يجعل مخصصا لقانون التلازم لكونه صريحا فى المطلوب.

و ثالثا- انه لا تكون الشهره الفتوائيه مرجحه على تقدير التكافؤ، و عليه فالمرجع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ»، و مقتضاهما حصول الملكيه من أول الامر.

ثم ان بعد

ما ظهر أن الحق ما عليه المشهور لا تصل النوبه الى أن هذا الحكم يجرى فى الخيار المنفصل أو يختص بالخيار المتصل، و أيضا لا مجال للبحث من أنه يختص بخيار الشرط و الحيوان أو يعم بقيه الخيارات، فان

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ۶.



قوله: مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجمله (١).

المدعى من أصله فاسد.

**[مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجمله]**

أقول: قبل بيان الحال فى المسأله ينبغى تأسيس أصل فى المقام يكون مرجعا عند الشك، فنقول: لو تلف المبيع عند المشترى فى زمان خياره المختص به يكون مقتضى القاعده عدم ضمان البائع، فان مقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بقاء العقد على حاله، و أيضا مقتضى استصحاب بقاء العقد على حاله و عدم الانفساخ عدم ضمان البائع.

و أما استصحاب الضمان الثابت قبل القبض فيرد عليه: انه يكون أخص من المدعى، فانه يمكن أن يفرض أن يكون المال عند المشترى من أول الامر، و القول بعدم الفصل لا مجال له، فانه يرد عليه: أولا انه فرق بين القول بعدم الفصل و بين عدم القول بالفصل.

و ثانيا- ان القول بعدم الفصل انما يكون بين الاحكام الواقعيه لا الظاهريه.

هذا أولا و ثانيا ان الاستصحاب لا يجرى مع وجود الدليل الاجتهادى كما هو ظاهر.

و ثالثا- ان الضمان بمعنى ضمان المثل و القيمه ليست له حاله سابقه، و بمعنى انفساخ العقد يرجع الى الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

و رابعا- ان هذا الاستصحاب داخل فى استصحاب الحكم الكلى الذى لا نقول به.

و خامسا- ان مقتضى

روایه «۱» عقبه بن خالد عدم الضمان بعد القبض، لکن

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من أبواب الخیار، الحدیث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۵۴

...

الروایه ضعیفه بمحمد بن عبد اللّه بن هلال، فثبت ان مقتضی الاصل الاولی عدم الضمان، و لا بد من الخروج عن هذا الاصل من وجود الدلیل، فیقع الکلام فی جهات:

(الاولی) لا اشکال فی ثبوت هذا الحکم فی خیار الحیوان، و تدل علیه جمله من الروایات «۱»، و أیضا لا شبهه فی ثبوت هذا الحکم فی خیار الشرط بالنسبه الی المشتری للروایات المشار الیها، فان تلک الروایات تدل علی کون الضمان علی البائع لو تلف المبیع فی زمان الخیار، فانه یدل بالنسبه الی خیار الشرط ذیل روایه «۲» ابن سنان قال علیه السلام «فان کان بینهما شرط أیاما معدوده فهلک فی ید المشتری قبل أن یمضی الشرط فهو من مال البائع».

(الثانیه) هل یجری هذا الحکم فی خیار المجلس. ربما یقال بأن الشرط قد أطلق علی خیار المجلس، فیشمل الدلیل خیار الحیوان أیضا.

لکن یرد علیه: انه لا- دلیل علی هذا المدعی، اذ الظاهر من النصوص اختصاص الحکم بالشرط المقرر بین المتعاملین أو مضی ثلاثه أیام، و هی زمان خیار الحیوان.

(الثالثه) انه هل یجری هذا الحکم فی بقیه الخیارات. ربما یقال کما أفاد الشیخ قدس سره بأنه یفهم من الروایات الوارده فی المقام بأن المناط فی هذا الحکم تزلزل العقد و عدم صیروره العین ملکا لازما علی المشتری. و بعباره أخری: یستفاد هذا الحکم بعموم المناط، فانه علیه السلام قال فی روایه «۳» رواها

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخیار، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخیار، الحدیث

۲.

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۲.



...

ابن سنان بعد ما سأله السائل على من ضمان ذلك: للبائع حتى ينقضی الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشترى.

و يرد عليه: انه لا- يمكن الجزم بأن المناط ما ذكر، و بعباره أخرى لا- ظهور فی الروايه بأن المناط وجود الخيار، و غايه ما فی الباب كون الروايه مشعره بهذا المعنى، فلا بد من الاقتصار على مورده، و هو خيار الحيوان، و العمده فی الاشكال ما ذكرنا.

و العجب من المصنف حيث اعترف بالظهور و مع ذلك يقول بأن الاعتماد على هذا الظهور مورد تأمل، فان مع الا-عتراف بالظهور لا وجه للتأمل.

و استشكل فی الاستدلال بوجه آخر، و هو أن الظاهر من الروايه ما يكون الخيار ثابتا من أول الا-مر، و حيث ان خيار الغبن و العيب و الرؤيه و غيرها ليس الخيار فيها ثابتا من أول الامر فلا يجرى فيه.

و يرد عليه: انه على فرض تماميه الامر و تسليم ظهور اللفظ فيه ان الخيار فی الغبن و العيب ثابت من أول الامر.

و مما يمكن أن يستدل به على العموم ما أفاده السيد قدس سره فی الحاشيه:

من أن المراد من الشرط الوارد فی ذيل الصحيح «۱» متعلق الخيار، بأن يقال ان المراد من الشرط فانه لا يضر بالاستدلال كون مورد الخبر خصوص الحيوان، لا-ن الظاهر من الكلا-م اطلا-ق الحكم لكل خيار او لا-ن الحكم فی مورد الحيوان اذا كان عاما للخيار غير خيار الحيوان، فلا قول بالفصل. و قال قدس سره:

انه يمكن الاستدلال بهذا التقريب بالنبوى «۲» المذكور فی قرب الاسناد.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۸ من أبواب الخيار، الحديث

.۲

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۴.



...

و يرد عليه: انه خلاف الظاهر، فان الظاهر من الشرط خيار الشرط، بل الجمود على النص- كما هو مقتضى القاعده- الاقتصار على خصوص الحيوان و تعميم الحكم بغيره ذكر فى النص حتى فى مورد الحيوان لا وجه له.

و أما الروايه الثانيه فالظاهر أنه قدس سره اشتبه فى نقلها عن قرب الاسناد و الروايه ضعيفه بحسن بن أبى الحسن.

و ربما يستدل بالإجماع و عدم الخلاف، و السيد جعلهما مؤيدين للمدعى، لكن ليس تحته شى ء، فانه على فرض تحقق الاجماع لا يكون اجماعا تعبديا فلا يترتب عليه الاثر كما هو ظاهر.

(الرابعه) ان هذا الحكم مختص بالحيوان و لا يجرى فى غيره لاختصاص الدليل، و لذا نرى فى كتب الفتوى كمنهاج سيدنا الاستاذ الاختصاص المذكور.

(الخامسه) ان مقتضى اطلاق الروايات شمول الحكم لما يكون الخيار مشتركا بين المتعاقدين، لكن مقتضى الاجماع المدعى فى المقام الاختصاص بما يكون مختصا بالمشترى و لا يكون للبائع، و لذا اشتهر بينهم بأن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، لكن الالتزام بمقتضى الاجماع مع عدم دليل على حجيته مشكل، و الجرأه على الذهاب الى خلاف ما اشتهر بينهم و خلاف الاجماع المدعى اشكل، و الاحتياط طريق النجاه.

(السادسه) ان هذا الحكم يختص بالمبيع أو يجرى فى الثمن، و بعباره أخرى هل يختص بالمشترى أو يعم البائع الذى يمكن أن يكون مدركا للتعميم أمران ذكرهما الشيخ قدس سره:

أحدهما- استنباط الملاك، و هى صيروره العين ملكا مستقرا لمالكه.



...

و يرد عليه: انه لا ظهور للنص فى هذا المعنى، مضافا الى أنه على تقدير التسليم

فانما يكون بالنسبه الى المشترى و لا دليل على الاطلاق.

ثانيهما- استصحاب الضمان الثابت قبل القبض.

و يرد عليه ما أوردناه آنفا، و لا حاجه الى الاعاده، مضافا الى أنه من الشك فى المقتضى الذى لا يرتضيه المصنف.

و أيضا يرد عليه: انه الموضوع للحكم قبل القبض، و مع حصول القبض لا مجال للاستصحاب، مضافا الى أنه معارض بقاعده ان التلف على المالك.

لا يقال: قد خصصت هذه القاعده بالتلف قبل القبض، فاستصحاب حكم المخصص محكم.

فانه يقال: فى هذه الصوره المرجع العموم.

(السابعه) انه على تقدير سريان الحكم بالنسبه الى البائع فلو وقع التعارض بين القاعدتين- أى قاعده التلف قبل القبض و التلف فى زمن الخيار- فما الحيله؟ ربما يقال كما ادعاه الشيخ بأن قاعده التلف فى زمان الخيار لا يشمل قبل القبض. و هذه الدعوى لا دليل عليها لإطلاق النص فلاحظ.

و الحق انه على القول بسريان الحكم و وقوع التعارض لا- ترجيح لأحد الطرفين، بل مقتضى التعارض التساقط و الرجوع الى القاعده الاوليه، و مقتضاها أن ضمان كل ملك على مالكه، و لا يصغى الى ما أفاده السيد فى الحاشيه من ترجيح قاعده التلف قبل القبض، فان ما أفاده فى مقام الاستدلال لا يرجع الى محصل.

(الثامنه) هل يختص هذا الحكم بالمبيع الشخصى أم يعم الكلى أيضا؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۵۸

...

الظاهر هو الاول، فان الظاهر من الدليل الاختصاص، مضافا الى أن مقتضى الضمان على من ليس له الخيار انفساخ العقد و دخول التالف فى ملك مالكه الاول، و هذا يتصور فى المبيع الشخصى، و أما فى المبيع الكلى فلا يتوقف الضمان على انفساخ العقد.

نعم يمكن أن يقال: ان المدعى فى المقام ان معنى الضمان انفساخ العقد و صيروره

العين كما كانت، و أما فى المبيع الكلى فلا يتحقق هذا المعنى، اذ معناه جعل الكلى كغير المقبوض، و هذا لا يستفاد من الدليل.

و بعباره ثالثه: ان الضمان بمعنى الانفساخ فلا يتحقق فى المقام، و بالمعنى الاخر لا دليل عليه، لكن العمده ظهور الدليل فى العين الخارجيه و عدم شموله للكلى، و لو لا هذه الجهه لا مانع من القول فى الكلى كالشخصى، فان معنى الضمان واحد فى كلا المقامين و أثره فى الكلى انفساخ العقد و رجوع العين الى ما كانت.

ثم ان هذا الضمان ضمان المعاوضه، أى ينفسخ العقد أو ضمان الغرامه.

أفاد الشيخ قدس سره بأن الضمان ضمان المعاوضه، و استدل عليه بأن ظاهر قاعده ان التلف يحسب على البائع ان التلف من ماله، و أيضا ان ظاهر كلام بعض و صريح جماعه أن الضمان الثابت قبل القبض ثابت الى ما بعد القبض فيما يكون الخيار للمشترى، ان ظاهر الدليل كذلك مع ضم قاعده ان كل مالك ضامن لماله و قاعده الخراج بالضمان، فانه لو فرض انفساخ العقد لم يلزم خلاف لمقتضى القاعدتين.

أما الوجه المستفاد من كلمات الاصحاب فلا يترتب عليه أثر، لان غايته الاجماع و حاله معلوم. و أما الوجه الثانى فأيضا مخدوش، اذ الموضوع فى المقام مال الغير، و لا يفهم من الضمان الا أن خسارته على الغير. نعم لو كان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۵۹

...

ملكا للضامن لكان تالفا فى ملكه، و أما النص فذيل صحيح ابن سنان يدل على المدعى بلا احتياج الى ضم القاعده. نعم بالنسبه الى صدر الصحيحه و بقيه الروايات نحتاج الى ضم القاعده.

و أما قاعده ان الخراج بالضمان، فيرد عليه: أولا ما تقدم من عدم اعتبار

سنده، و أيضا ليس معناه ما أفاده لترتب المحذور بالنسبه الى الغاصب، مضافا الى أنه لا نحتاج الى ضمها. و أيضا يرد عليه: انه يلزم رفع اليد عنها على كل تقدير، اذ مقتضاها عدم الانفساخ، الا أن يقال بأن التلازم باق ما دام بقاء الملك و المفروض زوال الملك قبل التلف. و الحاصل لا نحتاج الى ضمها.

و أورد سيدنا الاستاذ على الشيخ بأن الانفساخ أيضا مخالف للقاعده، فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد بقاؤه و عدم انفساخه.

ان قلت: ان المذكور فى صدر الصحيح لم يذكر الا قوله «على البائع»، و هذا يجتمع مع ضمان الغرامه.

قلت: ان غايته الظهور لو لم يكن مجملا و يرفع اليد عنه بالنص الوارد فى الذيل. ثم ان حكم تلف الجزء حكم تلف الكل، لما ورد فى الصحيح «۱» من قوله «أو يحدث فيه حدث» و يؤيده مرسل ابن رباط «۲».

و أما لو تلف الوصف فلا شبهه فى أنه لا يوجب انفساخ العقد لا بالنسبه الى الكل و لا بالنسبه الى الجزء، لعدم وقوع الثمن فى مقابل الوصف، لكن اطلاق قوله فى ذيل الصحيحه «أو حدث فيه حدث» يشمل فوات الوصف، لكن هل يثبت خيار الرد و الارش او يثبت خصوص الارش، يقع التكلم فيه فيما بعد إن شاء اللّه.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۲.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۵.



...

و يشكل الامر فى المقام بأن جريان الحكم فى تلف الوصف، مع ان الضمان بمعنى انفساخ العقد الالتزام بانفساخه بهذا المقدار، و تعيين كون الارش من عين الثمن. و الاول لا يقول به أحد على ما فى

بعض الكلمات، و الثانى و ان كان ظاهر بعض الكلمات لكن المصنف اذا لم يكن قائلا به لا يتم الامر.

ان قلت: الضمان فى تلف الوصف يغاير مع التلف فى الجزء.

قلت: هذا يستلزم استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد، و لا نقول به لأنه خلاف الظاهر.

و فى بعض الكلمات انه يمكن الالتزام بالانفساخ فى أنه قبل التلف.

و يرد عليه: أولا ـ ان الانفساخ فى محل الكلام هو الانفساخ من الحين و لذا لا ـ يكون المشترى ضامنا للمنافع، و ثانيا لا معنى للانفساخ اذ لا يكون فى مقابل وصف الصحه شى ء من الثمن.

ثم ان هذا كله فيما يكون بالتلف السماوى، و منه حكم الشارع بالتلف كما لو صار العبد المشترى اعمى، و أما لو كان باتلاف ذى الخيار فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط خياره.

لكن يرد عليه: أنه لا ـ وجه لسقوط الخيار كما مر منا، فان اسقاط الخيار أمر قصدى، فلا يتحقق مع عدم القصد، خصوصا مع الجهل بالخيار. لكن مع ذلك لا يترتب عليه الحكم المذكور، لان الحكم فى لسان الدليل يترتب على الهلاكه، و هذا العنوان منصرف عن الاتلاف العمدى. و لو كان باتلاف غير ذى الخيار فالامر أيضا كذلك، فان الدليل منصرف، مضافا الى أن هذا الحكم ارفاق بالنسبه الى المشترى و ربما يكون اتلاف البائع مصلحه له. و قس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۱

...

عليه اتلاف الاجنبى فى عدم ترتب الحكم المذكور الا فيما يكون اتلاف الاجنبى مصداقا للهلاكه و التلف.

ثم انه لو كان باتلاف البائع لا يسقط الخيار كما قلنا، فيجوز الامضاء و الرجوع بقيمه العبد و يجوز الفسخ و الرجوع بالثمن ان كان قبضه من البائع، و ان كان تلف المبيع

باتلاف الاجنبى فلذى الخيار الامضاء و الفسخ، فعلى الاول يرجع بقيمه العبد المبيع الى الاجنبى، و أما على الثانى- أى لو فسخ المشترى- فلا اشكال فى أن البائع يرجع بقيمه العبد. انما الكلام فى أنه هل يرجع الى المتلف أو يرجع الى البائع أو يكون مخيرا؟ وجوه فى المقام، أما الرجوع الى المتلف فلوجهين:

أحدهما- ان البدل قائم مقام العين فى جميع الجهات، و منها كونه ملكا لناقله بعد الفسخ لو كان موجودا بعده، و هذا البدل فى ذمه الاجنبى المتلف للعين فيرجع اليه.

ثانيهما- ان التلف موجب لاعتبار كون العين ملكا لناقلها عند التلف بناء على اعتبار قيمه يوم التلف أو عند الفسخ بناء على اعتبار يوم الفسخ، و على كلا التقديرين تكون العين فى ضمان المتلف فيرجع البائع اليه. و الفرق بين الوجهين أن ما يكون ثابتا فى ذمه المتلف هو البدل من أول الامر، و على الثانى يكون الثابت نفس التالف و الانتقال الى البدل حين الدفع.

و أما الرجوع الى المشترى فلانه اذا دخل الثمن فى ملكه بالفسخ و الحال أن المثمن تلف فى ملكه خرج عن ملكه بدل الثمن و يدخل فى ملك البائع و صار فى ذمته لا ذمه المتلف. و الوجه فيه: ان الضمان بالنسبه الى التالف محله الذمه لا العين الخارجيه، فيتردد الامر بين أن يكون محل التالف ذمه المتلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۲

قوله: مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكره (۱).

أو ذمه المشترى، لا سبيل الى الاول، اذ ذمه المتلف تشخصت بالاشتغال للمشترى و لا يمكن مملوكيه شى ء واحد لمالكين.

ان قلت: انما يلزم هذا الاشكال لو اجتمعا فى زمان واحد و فى المقام ليس كذلك،

فانما يتشخص أولا ملكا للمنقول اليه و بعد الفسخ يصير ملكا للناقل فلا محذور، فان التشخص الاول يزول بالتشخص الثانی.

قلت: الامر كما ذكرت، لكن انما يكون الامر كذلك لو كانت بدلا عن العين فی جميع الجهات حتی فی صيرورته ملكا للناقل عند الفسخ كما لو كانت العين موجوده، لكن الامر ليس كذلك بل انما يكون بدلا بمقدار صيرورته ملكا للمالك. و أما الفسخ و ان كان موجبا لكون العين ملكا للناقل لكن بوصف كون بدلها فی ذمه المتلف للمنقول اليه، و لا يمكن اشتغال الذمه بالنسبه الی شی ء واحد لشخصين.

و أما الثالث: فلان يد الفاسخ يد ضمان قبل الفسخ بالعوض المسمی و بالقيمه بعد الفسخ، و اتلاف الاجنبی أيضا سبب للضمان فتكون النتيجه التخيير.

و يظهر من المصنف أن أقوی الوجوه فی نظره هو الوجه الثانی، كما أن الاضعف هو الوجه الثالث علی ما صرح به. و لا يبعد أن يكون أقوی الوجوه هو الوجه الثالث، فان يد المشتری يد ضمان و الا يلزم عدم الضمان لو كان التلف بآفه سماويه، و هذا باطل بالضروره، فللبائع أن يرجع اليه، كما أنه لا شبهه أن المتلف ضامن بالاتلاف، فالمقام يكون نظير تعاقب الايدی أو اجتماع اليد و الاتلاف، فان كل واحد من الامرين سبب و موجب للضمان، فأصبح أضعف الوجوه أقواها.

### [مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فی التذكره]

أقول: انه قال: لا يجب علی البائع تسليم المبيع و لا علی المشتری

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۶۳

...

تسليم الثمن فی زمان الخيار، و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر علی تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضيه للخيار. و قال بعض الشافعيه:

ليس له استرداده و له أخذ ما عند

صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع- انتهى.

و يظهر منه أن الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار أحدهما التسليم و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار اجماعا. و كيف كان فقد أورد الشيخ أن ما ذهب اليه الشافعيه من جواز الاسترداد و أخذ ما عند صاحبه جمع بين المتنافيين، اذ كيف يجمع بين عدم وجوب التسليم و بين جواز الاخذ بلا رضاه، فان الامساك و عدم الدفع ان كان عن حق فلا يجوز الاخذ و ان لم يكن عن حق فلا يجوز الامساك.

و استشكل عليه المصنف: بأنه ان أريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهه أن له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجعه الى وجوب احد الامرين اما الفسخ و اما التسليم، و الظاهر أنه غير مراد، و ان أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار. ففيه نظر من جهه عدم الدليل المخصص لعموم سلطنه الناس على أموالهم.

و أورد عليه المحقق النائينى: ان العقد حيث كان بجميع مداليله المطابقيه و الالتزاميه تحت يد ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد، فلا يقال هذا مخالف لقاعده السلطنه، لان من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الاصلى التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنه المطلقه.

و فيه: أولا ان ما أفاده لو سلم لتم فى الخيارات الجعليه و أما الخيارات الشرعيه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۴

قوله: مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين (۱).

فلا، و ثانيا انه ليس هذا المدعى صحيحا، فان لزوم الدفع من أحكام كون العين ملكا للغير

و لا یکون الخیار مقتضیا لجواز الامساک، فالحق ما أفاده المصنف من عدم الدلیل علی هذا الحکم، فانه لو کان موضوع الخیار هو العین لکان لهذا التوهم مجال لکون العین متعلقه للحق علی هذا الفرض، و أما لو لم یکن الموضوع هو العقد کما هو الصحیح فلا مجال لهذا التوهم، فالحق وجوب الدفع.

**[مسأله قال فی القواعد لا یبطل الخیار بتلف العین]**

**اشاره**

و لا یخفی أنه کما یقول الشیخ أن هذا الحکم انما یتصور فیما یکون العقد باقیا بعد التلف، و أما فیما ینفسخ العقد بتلف العین- کما فی التلف قبل القبض أو التلف فی زمن الخیار- فلا موضوع لهذا البحث. اذا عرفت هذه المقدمه فاعلم ان تنقیح المقام یقتضی أن یقع البحث فی ضمن أمور:

(الاول) ان الظاهر أن الشارع لم یأت باصطلاح جدید للخیار فی قبال المعنی العرفی، بل المراد منه هو المعنی الذی عند العرف و العقلاء، أعنی حل العقد.

و أیضا یستفاد هذا المعنی من بعض الروایات، و هو قوله «اذا افترقا وجب البیع» «۱»، فالوجوب فی الروایه اسند الی البیع، فیفهم أن الخیار معناه حل العقد و فسخ البیع ما دام المجلس باقیا، بانقضاء المجلس و حصول الافتراق یلزم البیع و العقد. فعلیه لو ورد هذا اللفظ فی دلیل یتمسک باطلاقه لبقاء الخیار فیما شک فی بقائه بعد تلف العین، و ما یظهر من الشیخ من التردد فیه من حیث احتمال أن موضوع الخیار العین لا مجال له، فانه لیس للشارع فیه اصطلاح خاص.

(الثانی) أنه لو کان الوارد فی لسان الدلیل «یرد العین» أو «یجوز الرد»

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۳ من ابواب الخیار، الحدیث ۶.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۶۵

قوله: لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونه (۱).

کما

فى الخيارات الاخرى فلا مجال للخيار بعد تلف العين لانتفاء موضوعه.

لا يقال: انه يحتمل أن يكون المراد منه الرد الملكى لا الخارجى.

فانه يقال: ان هذا الاحتمال خلاف ظاهر الروايه فلا يعتنى به.

(الثالث) اذا شك فى موضوع الخيار انه العقد أو العين فهل يجرى الاستصحاب أم لا؟ ربما يقال: لا وجه للتمسك باستصحاب بقاء الموضوع لكونه الشك فى المقتضى، الا أنك قد عرفت فى الاصول أن هذا الاشكال لا مساس له بما نحن فيه، و لكنه مع ذلك لا مجال لجريان الاستصحاب، لأنه قد بينا فى محله أنه لا يجرى فى الاحكام الكليه.

هذا أولا، و ثانيا انه يشترط فى جريان الاستصحاب احراز موضوعه و هو منتف هنا، و ثالثا انه لا مجال للاستصحاب هنا لوجوب الدليل اللفظى و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا بد من التمسك به لا بالاصل.

(الرابع) ان الخيار اما شرعى و اما جعلى، و القسم الاول منه بينا حكمه فلا نعيد، و أما القسم الثانى فانه اما مجعول بالصراحه أو بالارتكاز كخيار العيب، و على الاول لا مجال لجريان الاستصحاب بعد التلف لو شك فيه للتعارض، و على الثانى فاما كان ملاك الارتكاز موجودا و لو بعد التلف كما فى خيار الغبن فالخيار موجود، و اما اذا لم يكن كذلك كخيار العيب فلا وجه للخيار.

**[لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]**

أقول: ان ما ذكره لا خلاف فيه و هو الحق فى المسأله، و لكنه استشكل على ما ذكره فى مقام الاستدلال بالاصل بأن مع وجود الاماره- و هو عموم على اليد- لا يصل المجال الى الاصل، و على تقدير عدمها فان الاستصحاب المستدل عليه فى المقام اما شخصى و اما كلى، و الاول منتف قطعا لان الضمان

الجعفری، ج ۴، ص: ۴۶۶

...

المعاوضی انتفی بالفسخ و الثانی من قبیل الاستصحاب فی القسم الثالث من الکلی، اذ الضمان المعاوضی الموجود قبل الفسخ ارتفع بالفسخ، و احتمال بقائه فی ضمن فرد آخر من الضمان مشکوک، و قد بینا فی الاصول عدم حجیته.

أفاد المحقق الایروانی: ان الثابت فی العهده فی باب الضمانات نفس العین، و انما یدفع العوض مثلا أو قیمه بدلا عما فی الذمه، فیستصحب ضمانه قبل الفسخ.

و فیه: ان الاستصحاب فی المقام لیس شخصیا بل من الاستصحاب الکلی کما بیناه، فان الضمان قبل الفسخ کان ضمانا معاوضیا و بعده سبب الضمان مشکوک و الاصل عدمه. و لو تنزلنا و قلنا باستصحاب الضمان الا أنه یعارضه استصحاب عدم الضمان الا علی مذهب من یقدم الاستصحاب التعلیقی علی التنجیزی.

اللهم الاـ أن یقال: ان الشک فی الضمان و عدمه مسبب عن الشک فی کون المثل أو القیمه فی ذمه المتلف، و مع الاصل الجاری فیه لا تصل النوبه الی الاصل المسببی.

اذا عرفت ما تلوناه علیک فاعلم أنه لو فسخ العقد لا بد أن یسلم ما بیده الی البائع و لو لم یسلم عصیانا ضمنه عند التلف لعموم علی الید.

لا یقال: ان دلیل الید یشمل ما اذا کان العینی تحت یده، و أما اذا خرج عنه فلا یشمله.

فانه یقال: لیس المراد من الید الید الخارجی بل المراد منه السلطه، و لا مجال للإشکال بأن الروایه ضعیفه السند لان العمده فی باب الضمانات أنها من الاحکام العقلائیه التی أمضاها الشارع. نعم لا یضمنها فی الزمن الذی لا بد منه فی أدائها الی صاحبها، فان فی هذه المده أمانه شرعیه. و ملخص الکلام: ان باب الضمانات یؤخذ من العقلاء، ففی کل

مورد يكون من الشارع تصرف يؤخذ به و لا يحكم بما حكم به العقلاء.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۷

قوله: القول فى النقد و النسيئه (۱).

قوله: مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد (۲).

لا يقال: انه لو كان مجرد كون الشى ء فى حيطه أحد موجبا لضمانه فلا بد من الالتزام به فيما اذا وقع ذلك فى حيطته بأمر غير اختيارى، كما اذا ألقى الريح ثوب الغير فى داره أو وقع فيها بفعل الاجنبى.

فانه يقال: ان عدم الضمان فى هذه الموارد من المسلمات، فان الشارع أمر بأدائها الى صاحبها من غير ضمان.

### [القول فى النقد و النسيئه]

### [مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد]

أقول: أفاد المصنف أنه ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى أحد العوضين الى أربعه أقسام: بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد، و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى، و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هو النسيئه، و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم. و المراد بالحاضر أعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى.

و أورد عليه المحقق الايروانى: بأنه لا وجه لتخصيص المؤجل بخصوص الكلى، فان معنى التأجيل اشتراط الاجل و تأخير التسليم الى مده معينه، و هذا كما يتصور فى الكلى يتصور فى العين الشخصيه، فيشترط أن تكون العين الى مده كذا فى يد المشترى أمانه أو عاريه فلا يكون له حق المطالبه ما لم تنقض المده.

أقول: ان ما اورده متين جدا، الا أن يقال: ان اشتراط حق التأخير خلاف للشرع، لكن فيما يكون المبيع أو الثمن كليا يجوز هذا الاشتراط قطعا لما علم من الدين، و أما لو كان فى الشخص الخارجى فلم يثبت الجواز.

أقول: و علله فى التذكره بأن قضيه العقد انتقال كل من العوضين الى الاخر، فيجب الخروج عن العهده

متى طولب صاحبها، فلا يجوز للمشترى تأخير الثمن. ثم قال الشيخ قدس سره: فلو اشترطا تعجيل الثمن كان تأكيدا لمقتضى الاطلاق على المشهور بناء على ما هو الظاهر عرفا من هذا الشرط من اراده عدم المماطله و التأخير عن زمان المطالبه، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۶۸

...

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله: بأنه يظهر من كلام الشيخ أمران:

الاول- انه لا يجب الدفع بمقتضى اطلاق العقد الا عند المطالبه، و هذا من الغرائب، فان نفس العقد يقتضى التعجيل، لأنه بالعقد ينتقل كل من العوضين الى الاخر، و المفروض عدم التأجيل فيجب الدفع فورا طالب أم لم يطالب.

الثانى- قال ان شرط التأجيل مؤكد لإطلاق العقد، و هذا أغرب من سابقه، لأنه على فرض تسليم ما أفاده عند الاطلاق لا نسلمه عند الاشتراط، فان معنى الاشتراط الدفع فورا طالب أم لا. فظهر من ذلك ما فى كلام صاحب الجواهر حيث قال: ان الشرط مؤسس لا مؤكد، و أنت علمت أنه مؤكد بالمعنى الذى ذكرناه لا بالنحو الذى أفاده الشيخ.

أقول: ان الظاهر موافق لما ذهب اليه الشيخ، فان العقد يقتضى التعجيل.

لكن كون الثمن نقدا لا يقتضى وجوب الدفع فورا بل يقتضى عدم حق التأخير للمشترى عند المطالبه. و يظهر هذا المعنى الذى ذكرناه مما رواه عمار بن موسى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى رجل اشترى من رجل جاريه بثمن مسمى ثم افترقا. فقال: وجب البيع و الثمن اذا لم يكونا اشترطا فهو نقد ... «۱».

ان قلت: المفروض انه مال الغير و لا يحل التصرف فى مال الغير بلا رضاه سواء طالبه أم لا.

و لكنه يرد عليه: بأن المقصود من

المطالبه و عدمها الرضا بالتأخير و عدمه، و لو رضـى بالتأخير فلا يشـمله أدله حرمه التصـرف فى مال الغير. نعم لو شك فى مقام الاثبـات فى رضـائيته بالتأخير و عـدمها يحكم بوجوب دفعه لعـدم جواز التصـرف فى مال الغير. فظهر مما ذكرناه عـدم تماميه ما أفاده الجواهر كما أنه ظهر

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۶ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۲.



...

عدم تماميه كلام الاستاذ.

ثم انه ذكر الشـهيد فى الدروس: ان فائده الشـرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد فأخل المشترى به، و قوى الشـهيد الثانى ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضا يعنى عدم تعيين الزمان اذا أخل به فى أول وقته، و قال الشيخ: و هو حسن.

و أورد عليه السـيد فى حاشـيته: بـأنه لا ـ حسن فيه، اذ مع فرض كون زمـان التعجيـل المشترط ممتـدا بحيث يتصور له أول و آخر فالتأخير من أول وقته لا يكون من تخلف الشـرط حتى يستلزم الخيار، و ما ذكره من أن تعجيل المطلق معناه الدفع- الخ، ففيه مع كونه ممنوعا انه لا يتصور حينئذ أول و آخر حتى يكون التأخير عن أوله موجبا للخيار.

و فيه: انه يترتب الخيـار على التـأخير كما قال الشـهيد فيما اذا تعينت المـده، و أما اذا لم تتعين المـده يجب عليه التسـليم فى أول أزمنه الامكان، و هـذا معنى التعجيل المطلق، و لا نسـلم عـدم تصور المعنى للتخلف، فان معناه التأخير عن أول أزمنه الامكان، و هذا أمر ظاهر.

قـال الشـيخ: و لا حاجه الى تقييـد الخيار هنا بصوره عـدم امكان الاجبار على التعجيل، لان المقصود هنا ثبوت الخيار بعـد فوات التعجيل أمكن اجباره أم لم يمكن وجب أو لم يجب،

فان مسأله ان ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر اجباره على الوفاء مسأله أخرى، مضافا الى عدم جريانها فى مثل هذا الشرط، اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الاداء.

و ما أفاده غريب، فان كل شرط يكون كذلك، و من هذا القبيل اشتراط الخياطه فان قبل زمانه لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفع، مع انه يجوز الاجبار قبل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۰

قوله: مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا (۱).

زمانه باتيان مقدماته لو كان له مقدمات، فاذا ضيق الوقت يجبره على العمل على نحو الواجب الموسع اذا ضيقت وقته.

**[مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا]**

أقول: ملخص الكلام فى المقام لو لم يعين مده تأجيل الثمن بحيث احتمل الزياده و النقصان الغير المسامح فيهما- كأن يقول «الى مجى ء الحاج» و يكون قدوم الحاج غير معلوم مصداقا- يبطل البيع.

أفاد السيد اليزدى: ان المدار فيه على ما يعد تعيينا عرفا، فيجوز الاكتفاء بذكر الشهر الهلالى، و ان لم يعلم أنه تام أو ناقص، مع أنه لو قال الى تسعه و عشرين أو ثلاثين يكون باطلا.

و كيف كان ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه البطلان أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه ما عرفت من الفساد و لا وجه للإعاده.

(الثانى) لزوم الغرر. و فيه أولا- ان الغرر كما عرفت فى محله بمعنى الحظر و الجهل لا يلزم منه الحظر دائما بل قد يلزم و قد لا يلزم فالدليل اخص من المدعى، و ثانيا ان الروايه الداله على بطلان الغرر ضعيفه.

(الثالث) انه يشترط ذكر الاجل المضبوط فى السلم دون ما يحتمل الزياده و

النقصان، كما يستفاد ذلک من عده روايات «۱»، و كذلک فى المقام لاتحاد الملاک فى البابين.

و فيه: انه قياس مع الفارق، و لا- طريق لنا الى كشف الملاک القطعى و الظنى منه لا يغنى من الحق شيئا، و لكنه مع ذلک كله فانه من المسلمات التى لا يمكن التخطى عنه، فان سيدنا الاستاذ دام ظله لم يستشكل فى المقام مع أن الاشكالات التى أوردناها وارده على مبانى الاستاذ أيضا.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۳ من أبواب السلف.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۱

...

و التحقيق أن يقال: ان الشرط فى مسأله التأجيل قد يكون تأخير أداء الثمن و أخرى تأخير مطالبته، و القسم الثانى ليس داخلا فى باب النسيئه، و القسم الاول منه باطل على مقتضى القاعده حيث انه خلاف الكتاب و السنه، الا أنه علم من الشرع الجواز اذا كانت الى مده معينه و بقى الباقى فى كونه مخالفا لهما.

ان قلت: لو كان الشرط المذكور خلاف الكتاب و السنه فلا بد أن يكون باطلا حتى فيما اذا كانت المده معينه.

قلت: ان الامر و ان كان كذلک الا أن الشرع أجاز فى تلک المده و نحن تابعون له.

ثم انه هل يجوز الافراط فى التأخير أم لا؟ أفاد المصنف اذا وصل الى حد يكون البيع منه سفها و الشراء أكلا للمال بالباطل بطل البيع.

و فيه: أولا- انه لا- دليل على بطلا البيع السفهى، و ثانيا ان الباء فى كلمه «بِالْبَاطِلِ» ليس للمقابله بل هى سببيه، فالسبب هنا ليس باطلا كما هو واضح.

ثم انه نقل عن الاسكافى المنع من التأخير الى ثلاث سنين استشهادا بما رواه احمد بن محمد قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام: انى أريد الخروج

الى بعض الجبال. فقال: ما للناس بـد من أن يضـطربوا، سـنتهم هذه. فقلت له جعلت فداک انا اذا بعناهم بنسـيئه كان اكثر للربح. قال: فبعهم بتأخير سنه.

قلت: بتأخير سنتين. قال: نعم. قلت: بتأخير ثلاث. قال: لا «١».

و أيضا ما رواه عبـد اللّه بن جعفر فى قرب الاسـناد عن ابى الحسن الرضا عليه السـلام فقلت: انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنه. قال:

بعهم. قلت: سنتين. قال: بعهم. قلت: ثلاث سنين. قال: لا يكون لک شى ء اكثر من ثلاث سنين «٢».

---

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ۶ من ابواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ۶ من ابواب أحكام العقود، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴٧٢

...

لكن الروايه الاولى ضعيفه بسهل بن زياد، و الروايه الثانيه أجنبيه عن المدعى.

أفـاد المصـنف قـدس سره: ان ظـاهر الخبرين الارشـاد و وافقه سيدنا الاسـتاذ دام ظله بأنه كان فى مقام المشاوره مع الامام عليه السلام.

و فيه: ان الحمـل على المشـاوره و الارشـاد خلاـف الظـاهر، الا أن الروايه المنقوله عن قرب الاسـناد لا يوافق الاسـكافى فانه منع التأخير الى ثلاث سنين و الروايه تنفى اكثر من ثلاث سنين.

اذا عرفت ذلـک فـاعلم انـا اذا عملنـا بظـاهر روايه الحميرى فلاـ يجوز الاـفراط فى التـأخير بلا كلام فيه، فلا تصل النوبه الى هـذا البحث، و أما اذا لم نعمل به أو حملناه على الارشاد فتصل النوبه الى البحث بأنه هل يضر الافراط أم لا؟

ربما يقال بعدم جواز الافراط فى التأجيل لعدم ترتب غرض صـحيح عليه، و حلول الاجل شرعا بموت المشترى، فكان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشترى لغوا بل مخالفا للمشروع، و ان أراد ما قبل الموت

فالاشتراط الى ما يحتمل بقاء المشترى غرر لكونه مجهولا.

و يرد عليه أولا: يمكن أن يفرض عدم الغرر فى بعض الصور، و ثانيا ان الغرر لا يكون مبطلا، و ثالثا ان المفروض أن المده معلومه عندهم غايه الامر ان الشارع حكم بالحلول.

ثم ان المعتبر فى تعيين المده تعيينها الواقعى أو لا بد من معرفه المتعاقدين بها حين العقد. و ربما يقال بكفايه الاول كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصداق، حيث أنه له شراء وزنه مثلا بعيار بلد مخصوص و ان لم يعرف مقدارها.

و لكن الظاهر عدم كفايته للزوم كفايه كل مجهول لكونه معلوما فى الواقع، و الغرض من التعيين رفع الجهاله و الغرر، و التعيين الواقعى لا يرفعهما، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۳

قوله: مسأله لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا (۱).

المقيس عليه فهو أيضا أول الكلام.

**[مسأله لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا]**

**اشاره**

أقول: بأن يجعل الاقل ثمنا على تقدير كونه حالا و الازيد ثمنا على تقدير كونه مؤجلا- كأن يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدينار و ان كان مؤجلا فبعتك بخمسه دنانير- فالمسأله محل كلام بين الاعلام، و لا يهمنا التعرض لأقوال العلماء فنقول: مقتضى التحقيق أن يقع البحث فى مقامين: الاول مقتضى القاعده، الثانى مقتضى النصوص.

أما الاول- فنقول: تاره يفسر المؤجل ببيع العين بالثمن المؤدى بعد شهر مثلا و النقد ببيع العين بالثمن المؤدى فى الحال.

و فيه: ان هذا خلاف ما يفهم من كلمات القوم، فان الظاهر من كلماتهم أن الثمن فى المؤجل حالى لكن يكون للمشترى حق التأخير فى الاداء، مضافا الى أن الاثمان لا تقيد بالازمان، و على أى حال اما يجعل الترديد فى الثمن، و هو غير معقول لان المردد لا واقع

له، و امـا ان يكون الترديـد فى الايجاب فقط و يقبل المشترى فى مقابل الثمن الـذى اختاره، و هـذا باطل من ناحيه الجهل، و اما يكون من باب التعليق كأن يقول «ان كان الثمن نقـدا فبعتك بكـذا و ان كان مؤجلا فبكـذا»، و هـذا باطل من جهه التعليق، و اما أن يكون الثمن هو الاقل و يكون الزياده من باب الشـرط بأن يشترط على المشترى بأنه لو أخر الاداء يـدفع الزائـد، و هـذا أيضـا مشـكل من جهه لزوم الربـا، لكن لو قلنـا بصـحه الـبيع و عـدم كون الشـرط الفاسـد مفسـدا يلتزم بالصـحه و فسـاد الشـرط فليس للمشترى حق التأخير لأنه وقع فى مقابل أمر فاسـد، فقال الشـهيد فى الـدروس: ان الاقرب الصـحه و يلزم من طرف البائع الاقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشترى، و ما أفاده مشكل لأنه يجب اداء مال الغير عند المطالبه و لا موجب للتأخير.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۴

...

و أفاد المصنف قدس سره: ان فساد الشرط لا يقتضى فساد الاسقاط، فان الزياده فى مقابل اسقاط البائع حقه من المطالبه، و قاس المقام بما لو صولح حق القصاص بعبد يعلم أنه عبد للغير أوانه حر، بل قال فى التحرير الرجوع الى الديه.

و يرد عليه: انا لا نتصور معنى صـحيحا لإسـقاط حق المطالبه، فان لكل مالك أن يطالب ملكه، و هـذا غير قابل للإسـقاط، مضافا الى أنه ان كـان فى مقابـل السـقوط فهو باطـل لبطلاـن عوضه و ان كـان فى مقابل الاسـقاط فلم يتحقق الاسـقاط، و المشترى لا يستحق الاسـقاط، و مسأله المصالحه فهى أيضا مشكله، فانه كيف يمكن أن يحصل اسـقاط حق القصاص و الحال أنه قوبل بلا شى ء.

نعم لو كانت المقابله بين غير الاسقاط و ذلك الشيء و قلنا ان نفس المقابله تقتضى الاسقاط نلتزم بالسقوط مع كون المعامله فاسده، لكن المقام ليس كذلك، نظير من له الخيار لو باع ما انتقل اليه بالبيع الفاسد. أما الثانى فوردت فى المقام جمله من الروايات، و هى بين ضعيفه السند كالروايه الثانيه التى وقع النوفلى فى سندها و الروايه الخامسه التى وقع شعيب بن واقد فى سندها، فلا يعبأ بهما، و بين معتبره السند و هى الثلاثه الباقيه، و هذه الثلاثه متعارضه، فان خبر محمد ابن قيس يدل على صحه البيع مع هذا الترديد فى الانشاء و يكون للبائع أقل الثمنين و لو مع التأخير الى أبعد الاجلين، و الروايه الثالثه و الرابعه تدلان على أن النّبىّ «ص» نهى عن شرطين فى بيع و بيعين فى بيع، فلو قلنا بأن معنى الروايتين مجمل لا يعلم المراد منهما، فلا مجال للتوقف فى العمل بخبر محمد بن قيس و لو قلنا بأن المعنى ظاهر فربما يقال كما فى كلام الشيخ جريان النهى تكليفى لا يدل على الفساد. لكن هذا التوهم فاسد، اذ الظاهر من النهى فى أمثال المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۵

قوله: لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب اجماعا (۱).

الارشاد الى الفساد، فلو قلنا بأنه يرفع اليد عن الظهور فيهما بالنص الوارد فى روايه محمد بن قيس يتم الامر.

لكن هذا الحمل غير صحيح، اذ حمل النهى الوضعى على الكراهه لا معنى له، فان الكراهه فى التكليف فيقع التعارض بين الروايه الاولى و هاتين الروايتين، و حيث ان الروايه الاولى موافقه لعموم الكتاب كقوله «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» و

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نأخـذ بتلك الروايه و نرفع اليـد عن الروايتين و نخصـص القواعـد الاوليه و نقيـدها بهـذه الروايه كما هى القاعده المعموله.

ثم انه لاـ بـد من الاقتصـار على مورد الروايه، و لاـ وجه لتسـريه الجواز الى غير موردها، فلو باع بثمن أقل بأجل أقل و بثمن اكثر بأجل أكثر يكون البيع باطلا عملا بالقواعد الاوليه و عدم مخصص.

و نقـل عن العلاـمه فى المختلف أنه مثـل أن يقول المسـتأجر للخياط «ان خطته فارسـيا فبـدرهم و ان خطته روميا فبـدرهمين»، و أجاب بأنه على فرض تسليم الصحه يرجع الى الجعاله و لا يكون من الاجاره، فالفارق موجود.

**[لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طولب إجماعا]**

أقول: انه فائـده التأجيـل و الاـ يلزم الخلف، فلو تـبرع المشترى بالـدفع هـل يجب على البـائع القبول، ادعى عـدم الخلاـف. و عن الرياض دعوى الاجماع على عدم وجوب القبول، و عن جامع المقاصد نسبه الخلاف الى بعض العامه، و عن العلامه فى التذكره بـأنه علـل الحكم بـأن التبرع بالتعجيل كالزياده فلا يكلف البائع بتقليـد المنه، و أفاد الشـيخ بأنه فيه تأمل. و يمكن أن يكون وجه التأمـل أن الزيـاده ليست ملكـا للبـائع فيحتـاج الى قبول البـائع و لاـ مقتضـى لوجوب القبول، و أمـا فى المقـام فالثمن ملك للبائع فالقياس مع الفارق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۶

...

و يمكن أن يكون الوجه فيه: ان التأجيـل كمـا أنه حق للمشترى كـذلك يكون حقـا للبائع، فان المشترى التزم بحفظ المال للبائع فى ذمته كـالودعى. فـان ذلك حق عرفا للبائع. و ما أفاده متين، فانه أمر قابل ثبوتا، غايه الامر لا بـد من أن يفهم فى مقام الاثبات أنه جعل هذا الحق للطرفين و الا فلا مقتضى لعدم القبول و لذا أفاد سيدنا الاستاذ

فی منهاجه بأنه یجب القبول الا ـ فیما علم بأنه شرط للطرفین و هنا هو عمده الوجه و الا یشکل الاستدلال بالوجهین الاخرین المتقدمین. أما ما أفاده العلامه فلما ذکرناه فی وجه التأمل، و أما الاجماع فلاحتمال استناد المجمعین الی ما ذکر من الوجه.

و ربما یقال: بأن الدین ما یکون مؤجلا، و المؤجل لا ینطبق علی ما دفع حالا.

و فیه: ان کل دین حال و التأجیل عباره عن حق التأخیر، مضافا الی أن الجوهر کما قلنا لا یتقید بالزمان.

ثم أنه لو أسقط المشتری حقه فهل یسقط أم لا؟ ربما یقال بأنه لا یسقط، و قیل فی وجهه وجوه:

(منها) ما عن جامع المقاصد بأنه حق ثبت فی عقد لازم فکیف یسقط.

و یرد علیه: أولا انه کیف یسقط بالتقایل، و ثانیا ان ما ثبت بالعقد حق للمشتری و لیس مقتضی الثبوت البقاء حتی مع الاسقاط، فان أثر الحق سقوطه عند الاسقاط.

نعم لو کان هذا حکما شرعیا لم یکن قابلا للإسقاط، و لکن الامر لیس کذلک.

(و منها) ما عن جامع المقاصد أیضا بأن الحق ثابت أیضا للبائع فکیف یسقط باسقاط المشتری.

و یرد علیه: ان ثبوت حق للبائع لا یقتضی عدم سقوط حق المشتری باسقاطه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۷۷

...

فان حق المشتری یسقط و حق البائع یبقی، الا أن یقال بأن الحق واحد قائم بکلیهما، و الظاهر ان هذا فاسد، و لذا یمکن التکلیف بأن یکون الحق ثابتا للمشتری فقط کما تقدم. مضافا الی ان حق المشتری عباره عن حق التأخیر علی البائع و من طرف البائع یکون له حق التأخیر علی المشتری فکیف یکون واحدا.

نعم کما أفاد فی جامع المقاصد لو نذر التأجیل لا یسقط بالاسقاط و لا

بالتقايـل اذ التقايـل فى العقود لا ـ فى النـذور. و ان شـئت قلت: ان الثابت فى النـذر حكم شـرعى ثابت من قبل الشارع، و الحكم الشرعى لا يسقط بالاسقاط، و لذا يقال يجب عليه التأخير، و فى مورد الحق يقال يجوز له التأخير.

(و منها) ما عن العلامه فى التذكره بأن الاجل صفه تابعه كالجوده بالنسبه الى الحنطه.

و يرد عليه: انه فرق بين التوصـيف و الشرط، فان الاول غير قابل للإسقاط و أما الشرط فهو قابل له كما هو ظاهر، و لذا لو باع منا من الحنطه على نحو الاطلاق و يشترط أن يدفعها من الجيد يجوز اسقاط الشرط. و ملخص الكلام:

انه تاره يكون القيد قيدا لنفس المبيع و أخرى لا يكون كذلك، و المقام من الثانى.

(و منها) ما أفاده الشيخ من أن مرجع التأجيل الى اسقاط حق المطالبه و الساقط لا يعود، نظير اشتراط التبرى من العيوب فى البيع.

و يرد عليه: أولا ان حق المطالبه ليس حقا بل حكم شـرعى غير قابل للإسـقاط و ثانيا انه يلزم أن لا يسقط بالاقاله أيضا، و ثالثا ما أفاده فاسد من أصله فان اشتراط التأجيل احداث حق لا اسقاط للحق. و مما ذكرناه ظهر أنه لا وجه للاستناد الى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۸

قوله: اذا كان الثمن بل كل دين حالا او حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه اليه (۱).

أن الدين موصوف بالتأجيل و المؤجل لا ينطبق على الحال، فانه قد مر بأنه لا معنى له.

### [إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه]

أقول: انه ذكر فى وجهه وجوه:

(الاول) ان امتناع المالك عن الاخذ ظلم على الدائن، اذ لا حق له فى ذمته فلا يجوز له اشتغال ذمته بلا حق.

ان قلت: كيف يكون ظلما

و الحال أنه يمكنه الدفع الى الحاكم.

قلت: انما يـدفع الى الحاكم كى يرتفع هـذا الظلم فكيف يمكن الـدفع اليه رافعا للظلم. و ليعلم أولا انه انما يجرى هـذا الكلام لو قلنـا بـأنه يشترط فى براءه الـذمه التخليه بين المـال و مـالكه، و امـا لو قلنـا بأنه يحصل القبض بالتخليه أو قلنا بأنه و ان لم يحصـل القبض بهـا لكن يكفى فى الاـداء الواجب التخليه لاـ تصـل النوبه الى الابحـاث الآـتيه. و الحق أنه يحصـل بهـا، فان اختيار تعيين الكلى فى الفرد بيـد المـديون، و بالتخليه يصـدق انه أدى ما فى الذمه كما يصدق الاداء بالتخليه فى العين الخارجيه، و أما لو قلنا بأنه لا يحصل الا بالقبض فيقع الكلام فى الفروع التاليه:

الاـول: انه يجب القبول و يجب القبض أم لا؟ مقتضـى أصاله البراءه عـدم الوجوب، و كون عـدم القبول ظلما لا نفهم معناه. نعم يمكن أن يكون عـدم القبول ايذاء للدائن، و حرمه الايذاء بهذا المعنى أول الكلام، فانه يتأذى من بقاء الدين فى ذمته و لا يرتبط بالدائن. مضافا الى أنه يمكن أن يكون القبض أذيه للمالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۷۹

...

و أما ما أفاده من انه اضـرار، فيرد عليه بأنه كيف يكون ضـررا عليه الامن باب أن عـدم السـلطنه على النفس بنفسه ضـرر، و هـذا معارض بكون عدم السـلطنه للمالك على نفسه ضررا عليه، فيقع التعارض بين الضررين. مضافا الى أن دليل نفى الضرر ليس فى شـأنه اثبـات شـى ء، فـان غـايته أن ينفى وجوب الامسـاك و أمـا وجوب القبض بالنسـبه الى المالك فبأى وجه نلتزم به، و قياس المقام بمقام أمر النّبىّ بقلع الشجره مع الفارق، اذ دخول سمره كان اضرارا بالانصارى

و مع الاضـرار لا يكون له حق فى الـدخول لحـديث نفى الضـرر، و أما قلع الشـجره فمن باب الولايه. و اما فى المقام فعدم جواز الامساك عن القبول أول الكلام، أضف الى ذلك أن حديث نفى الضرر لا يدل الا على الحرمه التكليفيه كما بيناه فى البحث.

و اما الاسـتناد للوجوب بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب الوفاء بالعقد واجب و من شئون الوفاء قبول الدين. فيرد عليه: ان مفاد الايه ليس الا الوضع أى عدم الانفساخ بالفسخ، مضافا الى أن القبول من شئون الوفاء أول الكلام.

و ربمـا يتمسـك بالإجمـاع فى المقـام لوجوب القبول. و يرد عليه: انه كيف يمكن تحقق اجمـاع تعبـدى مع وجود مـا يمكن أن يتمسك به من الوجوه المذكوره الا أن يقال بأن الامر متسالم عليه بينهم.

و الحق أن يقال: انه لا يبعـد أن يكون الوجه فى الوجوب الشـرط الارتكازى فانه يفهم من العرف هـذا المعنى، فان من يتصـدى للمعامله يلتزم بلوازمه فيجرى العقد على هذا المنوال و على تقدير الالتزام باللوازم.

ثم لو قلنا بأنه يجب عليه القبول فان قبل فهو و ان لم يقبل و صبر المديون فكذلك، و ان لم يرض بالبقاء فالذى يختلج بالبال أن الحاكم يجبره بالقبض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۰

...

بـل يجوز لكـل مكلف اجبـاره حتى للمـديون، اذ المفروض أن القبض واجب و الامر بـالمعروف واجب على كـل مكلف و لا يختص بالحاكم.

و مع فرض امكـان الاجبـار على القبض لاـ تصل النوبه الى قبض الحاكم، بتقريب ان السـلطان ولى الممتنع، فان ولايه الحاكم لم تثبت عندنا، مضافا الى أنه مع فرض امكان الاجبار و حصول القبض لا يصدق الامتناع، و لو لم يكن الاجبار تصل النوبه الى

قبض الحاكم، و مع عدمه تصل النوبه الى عدول المؤمنين ثم الى فساقهم و الا يبقى فى ذمه المديون كبقيه ديونه.

و نسب الى جمله من الاعلام تعين العزل و كون الضمان على الدائن مع امكان الدفع الى الحاكم، و يمكن أن يكون الوجه فيه أن البقاء فى ذمته ضرر و مقتضى نفى الضرر تعينه بتعيين المديون.

و يرد عليه: انه مع امكان الاجبار يلزم الاجبار و مع عدم امكانه يكون قبض الحاكم بدلا عن قبضه، مضافا الى أن حديث لا ضرر لا يقتضى صحه شى ء، مثلا لو كان الصبر ضررا على المرأه لا يقتضى نفى الضرر صحه الطلاق و جعل الامر بيد المرأه.

و مما ذكر علم ضعف القول الاخر، و هو تعين الدفع الى الحاكم، فانه ما دام ممكنا أن يحصل القبض من المالك لا تصل النوبه الى الحاكم. و أيضا علم بما ذكرنا أن ما أفاده المصنف من تعين الاجبار أولا ثم الدفع الى الحاكم ثم العزل غير سديد، فان مع عدم امكان الدفع الى الحاكم تصل النوبه الى غيره و مع عدم امكانه لا وجه للعزل، فان تعين الدين بالعزل لا دليل عليه. و أيضا علم أن التخيير بلا وجه، كما أنه علم ضعف تعين الاجبار ثم التخيير بين العزل و الدفع الى الحاكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۱

قوله: مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه (۱).

ثم انه لو قلنا بجواز العزل و تعين الدين فيه، فلا معنى لان يقال: بأنه باق فى ملك المديون، و لكن يكون متعلقا لحق الدائن، فانه جمع بين المتنافيين.

ثم انه لو قلنا بجواز

العزل و تعين الكلى فى المعزول، فهل يسرى هذا الحكم الى ما يأخذه الظالم من المال المشترك بقصد أخذ حصه الشريك فقط و فيما لو طلب من الشريك دفع حصه شريكه بالخصوص، بتقريب أن الاختصاص مقتضى قاعده نفى الضرر عن المالك و توجه الضرر الى خصوص من قصد أخذ حصته أولا سبيل الى اسرائه الى ذلك المقام؟ الظاهر هو الثانى، أما الفرع الاول فواضح فان توجيه الضرر على أحد الشريكين مع كون المال مشاعا بلا وجه و الا يلزم أنه لو كان له مال فى ذمه شخص الغاصب طلب دفع ذلك المال فهل يمكن الالتزام ببراءه الغرر كلا، و أما الفرع الثانى فغايه ما فى الباب أن يقال: ان المالك يتضرر فيكون له ولايه التقسيم و تعيين حصه الشريك فى المغصوب. و يرد بأن الضرر متوجه الى الشريك الاخر و قاعده نفى الضرر متساويه بالنسبه الى كليهما.

**[مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه]**

أقول: اذ يكون مصداقا للربا، فان العرف لا يفرق بين جعل الزياده للمده من أول أزمنه الدين و بين جعله بعد تحقق الدين، بل الامر مستقر على الثانى و نقول: بأن الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على ذلك بلا شبهه بل بمقتضى روايه عن ابن عباس فى تفسير مجمع البيان ان مورد نزول الايه آيه الربا هذا، فانهم كانوا يقولون بأنه لا بأس بأخذ شى ء فى مقابل التأجيل بعد تحقق الدين بدعوى أنه مثل البيع، فنزل قوله تعالى «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا».

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۲

قوله: مسأله اذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الاجل و بعده بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا

عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا الا اذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه فى البيع الاول قبوله منه بمعامله ثانيه (١).

بل يدل على المطلوب ما رواه «١» الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام، فان المستفاد من الروايه أن جعل الزياده فى مقابل التأجيل بقاء داخل فى الربا و لا يجوز، و يدل على المقصود.

و أيضا يدل على المطلوب ما ورد «٢» من الروايات الداله على الحيل الشرعيه لأخذ شى ء لغايه التأجيل، فانه لو كان جائزا لم يكن محتاجا الى الحيله، بل مقتضى الجواز جعله بنفسه و بلا تشبث بحيله شرعيه. و يدل عليه ما ورد «٣» فى باب الدين مما يدل على جواز أخذ شى ء لتمديد المده فى الدين ما لم يكن بصوره الشرط.

اعلم أنه ظهر مما تقدم أن جعل الزياده فى مقابل الاجل حرام و لو بنحو الصلح، و أيضا علم اذا اشترط التأجيل فى ضمن عقد لازم لا يكون حراما، و أيضا ظهر مما مر أنه يجوز تعجيل المؤجل بالنقد عكس ما يكون موردا للكلام، أضف الى ذلك أن المستفاد من القاعده أيضا الجواز.

### [مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده]

أقول: ان الحكم فى مورد الاستثناء مورد اتفاق الا من بعض كالشيخ فى بعض فروع المسأله، و ما ذهب اليه المشهور موافق للقواعد الاوليه، فانه

---

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب أحكام الصلح، الحديث ١.

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٩ من أبواب أحكام العقود.

(٣) الوسائل، الباب ١٩ من ابواب الدين و القرض.



...

لا مقتضى للبطلان. و يدل على الحكم الاطلاق الوارد فى روايه بشار بن يسار و غيرها.

و نقل عن الشيخ قدس سره المنع عن البيع بعد حلول الاجل بجنس الثمن الا

اذا كان مساويا لا زائدا و لا ناقصا، و ما يمكن أن يستدل به لهذا القول روايتان:

الاولى: ما رواه خالد بن الحجاج، و هذه الروايه لا دلاله فيها على مذهب الشيخ و الشيخ حملها على ما رام، مضافا الى أن قوله عليه السلام فى ذيل الروايه «فانه لا خير فيه» ظاهر فى الارشاد.

الثانيه: ما رواه عبد الصمد، و هذه الروايه نقلت بسندين: أحدهما بسند الصدوق الى عبد الصمد بن بشير و هو ضعيف، ثانيهما بسند الشيخ عن الحسين ابن سعيد و فيه قاسم بن محمد و لا يبعد أن يكون المراد منه هو الجوهرى و هو مشترک، و قال ابن داود ان الذى ينقل عنه حسين بن سعيد ثقه، و صاحب الوسائل يقول ان تأخذ التوثيق ضعيف و توثيق ابن داود لا يترتب عليه الاثر فانه حسن على بن داود تلميذ العلامه.

و حكى عن بعض أن هذه الروايه لا- تدل على مذهب الشيخ بوجه، و لا يبعد أن يكون كذلک، فان المتفاهم من الروايه أن الطعام ترقى و البائع يريد أن يأخذ الطعام بقيمه يوم الاشتراء و الاخر يريد أن يعطيه بسعر يوم الدفع و الامام عليه السلام يقول: خذ بسعر يومه و الا فاصبر حتى يبيع، و حيث ان الروايه ضعيفه لإرسالها.

ثم ان الشيخ الطوسى أفاد على ما نقل عنه بأنه لو باع طعاما بعشره مؤجله فلما حل الاجل أخذ بها طعاما جاز اذا أخذها أعطاه، فان أخذ اكثر لم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۴

...

يجز، و الظاهر أنه قدس سره استند ما أفتاه بقاعده كليه مستفاده من بعض الروايات بأن عوض الشى ء الربوى لا يجوز تبديله بذلک الشى ء بزياده، و ان عوض العوض

بمنزله العوض فاشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع الطعام بخمسه دراهم، كما أنه لو باع الطعام بدراهم لا يجوز أن يأخذ بتلك الدراهم طعاما أزيد و إلا يلزم الربا، و الاصل فيه ما رواه على بن جعفر عن أخيه، فانه يستفاد من هذه الروايه أنه لو اشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع ذلك الطعام بالدراهم، فان الطعام يصير فى حكم الدراهم فيلزم تبديل الدرهم بالدرهم.

و يرد عليه: أولا ان مقتضى هذه الروايه عدم الجواز مطلقا حتى مع التساوى و ثانيا يعارضه ما رواه على بن جعفر عن أخيه أيضا، و الترجيح مع روايه الجواز لكونه موافقا للكتاب، و على تقدير التساقط المرجع أدله صحه البيع.

(و أما الفرع الثانى) و هو عدم الجواز فى المستثنى فقد استدل بروايتين:

الاولى: ما رواه حسين بن منذر، و هذه الروايه ساقطه سندا بحسين بن منذر حيث أنه لم يوثق.

الثانيه: ما رواه على بن جعفر، و هذه الروايه معتبره حيث أنها نقلت عن كتابه، و أما من حيث الدلاله فالظاهر منها فساد البيع مع الشرط، فالحق فساد العقد مع الشرط و مقتضى اطلاق الروايه عدم الفرق بين أن يكون الشرط من طرف البائع و بين أن يكون من طرف المشترى، و قد أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه على هذا النحو.

و فى المقام شبهه، و هى أن هذا الشرط يستلزم الدور، و تقريبه: ان تحقق البيع يتوقف على الشرط و الحال أن الشرط لا يتحقق الا مع البيع. و ان شئت

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۵

قوله: القول فى القبض (۱).

قلت: يتوقف البيع الاول على البيع الثانى لتوقف المشروط على شرطه، و الحال أن البيع الثانى لا يتحقق الا مع تحقق البيع

الاول.

و الجواب: ان الشـرط عباره عن الالتزام بالبيع الثانى فلا دور و الا يلزم سد باب الشـرط، و هو كما ترى. و انتقض بما شـرط عليه بيعه من غير البائع، ورد بأنه لا بد من فرض الصـحه فى حد نفسه مع قطع النظر عن الشروط، و فى مورد النقض يجوز ذلك بنحو التوكيل أو الفضولى، و أما بالنسبه الى نفس المالك فلا يتصور البيع و لذا انتفض بالرهن لثمن المبيع و بالوقف على البائع.

و أيضـا أورد على هـذا الشـرط بأنه يسـتلزم عـدم القصـد. و يرد عليه: أولا يلزم الفساد فيما لو كان من قصـدهما هـذا المعنى بلا اشتراط فـانه جـائز قطعـا، و ثانيـا انه لا منافاه بين القصـد و الشـرط فلاحظ، فالعمـده النص لا الوجهان الآخران من الـدور و عـدم القصد.

## [القول فى القبض]

### اشاره

أقول: اعلم أنه يقع الكلام فى القبض تاره فى معناه و أخرى فى أحكامه

### [فى معنى القبض]

فيقع البحث فى موردين:

(الأـول) فى حقيقته، الظـاهر أن القبض بمعنى الاخـذ، و هو المعنى الـذى يسـاوق لفـظ «گرفتن» فى الفارسـيه، و يختلف صـدقه بحسب مصاديقه: فتاره يصـدق بالاخـذ بالكف، و أخرى بنقله، و ثالثه بأخذ ما يتعلق به كالأخذ بلجام الفرس مثلا أو أخذ مفتاح الدار. و ملخص الكلام ان القبض معنى عرفى واضح لديهم.

نعم يمكن التشـكيك فى بعض مصـاديقه، لكن لاـ يخفى أنه ربمـا يترتب بعض الاحكـام على أمر و ان لم يصـدق عليه القبض، كرفع الضمان المترتب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۶

...

على التخليه، فان الغاصب لو خلى بين المال و صاحبه يسـقط ضمانه و ان لم يصدق عليه القبض، اذ المعتبر فى جمله من الموارد عنوان الاداء و الايصال الى من بيده الامر كالمالك، و من الظاهر أنه يحصل هذا المعنى و ان لم يكن قبضا.

ثم ان المصـنف قـدس سره أفـاد بـأن الاقباض فعل البائع و القبض فعل المشترى، فكل حكم يترتب على فعل البائع يحكم ترتبه على فعله، و كلمـا يترتب على فعـل المشترى لاـ يحكم ترتبه الاـ بعـد حصول ما يكون فعلا للمشترى، و اسـتنتج من كلامه أن ما يستفاد من النبوى «۱» كل مبيع تلف قبل قبضه من مال بايعه ان الضـمان لا يرتفع الا بعد ما كان من فعل المشترى، و اسـتفاد من

«۲» روایه عقبه بن خالد- و هذه الروایه ضعیفه بمحمد بن عبد اللّه بن هلال- ان الحکم یترتب علی فعل البائع.

و الحق أن التفکیک لا معنی له، فان القبض بالنسبه الی الاقباض نسبه الوجود بالنسبه الی الایجاد، و الفرق بین الامرین

بالاعتبـار. نعم كمـا ذكرنـا يمكن أن يترتب حكم على فعـل البـائع. فانقـدح بما ذكرنا أن القبض لا يحصل الا بفعل المشترى، و الروايه لا يعول عليها لضعف سندها.

ثم انه هـل يكون القبض فى الكيل و الوزن أن يكال أو يوزن، و ربما يقال بأن القبض فيهما الكيل و الوزن، و المنشأ لهـذا القول جمله من الروايات «۳».

و يمكن تقريب المدعى بأحد وجهين:

أحدهما- ان هذه النصوص تدل على اعتبار الكيل و الوزن فى البيع،

---

(۱) المستدرک الباب ۹ من أبواب الخيار، الحديث ۱.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من ابواب الخيار، الحديث ۱.

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أحكام العقود، الحديث ۱ و ۲ و ۳ و ۴.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۷

...

و من الظـاهر أنه ليس بلحـاظ اعتبارهمـا فى صـحه البيع، و الا لم يكن وجه للتفرقه بين التوليه و غيرها، و حيث أن الاجماع قائم على الجواز بعـد القبض يعلم أن الكيل و الوزن عباره عن القبض. و هذا التقريب واضح الفساد، فان الظاهر من هذه النصوص أن الشـرط فى صـحه بيع المكيـل و الموزون أن يكـال و يوزن اذا كـان قبـل القبض الا أن يكون الـبيع توليه فنلتزم بفسـاد البيع فى المكيـل و الموزون اذا لم يقبض و لم يكـل و لم يزن الا بنحو التوليه، و أما لو وزن أو كيل يصـح البيع لكن لا يترتب عليه آثار القبض.

و أفتى سـيدنا الاسـتاذ دام ظله بهـذا النحو فى منهاجه فى فصل التسـليم و القبض فى المسأله الخامسه، قال: من اشترى شـيئا و لم يقبضه فان كان مما لا يكال و لا يوزن جاز بيعه قبل قبضه، و كذا اذا كان مما يكال

أو يوزن و كان البيع برأس المال، و أما لو كان بربح ففيه قولان أظهرهما المنع.

سيجى ء عنوان المسأله مستقلا و نقول هناك بأن الظاهر من الروايات أن اعتبار الكيل و الوزن بلحاظ القبض، و بعباره أخرى ندعى أن المستفاد من الروايات أن الكيل و الوزن مقدمه للقبض لا أن الكيل و الوزن لهما خصوصيه و موضوعيه.

فانتظر.

ثم ان اشتراط الكيل و الوزن فى صحه البيع فى المكيل و الموزون قبل القبض يكون بنحو الموضوعيه، بحيث لو علم المقدار يكون شرطا أيضا أو يكون بنحو الطريقيه؟ أفاد الشيخ قدس سره ليس فى كلام الاصحاب تعرض لهذه الصوره، كما أن النص ليس فيه تعرض لها.

و يرد عليه: أنه يكفى للتعرض الاطلاق، فان المستفاد من خبر ابن وهب و أمثاله أنه لو اشترى طعاما لا يجوز بيعه قبل القبض الا بعد الكيل أو الوزن،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۸

قوله: القول فى وجوب القبض (۱).

و مقتضى الاطلاق عدم الفرق.

## [القول فى وجوب القبض]

### اشاره

أقول: يجب على كل من المتعاملين تسليم ما استحقه الاخر، و ذلك لاقتضاء العقد، بتقريب: ان العقد يقتضى تملك منهما ما انتقل اليه و يجب على أحد تسليم مملوك الغير فان الناس مسلطون على أموالهم فلا يجوز حبس مال الغير بلا رضاه.

و يمكن الاستدلال للمدعى بدليل وجوب العمل بالشرط، فان بناء العقلاء على تسليم ما يقع عليه العقد. و بعباره أخرى: الاقباض شرط ضمنى ارتكازى، فأصل وجوب الاقباض مما لا اشكال فيه. و عليه لو امتنع كل منهما عن الاقباض يجوز اجباره لا من باب وجوب الامر بالمعروف بل من باب أنه غاصب و حبس حق الغير فيجوز أن ينوب عنه الحاكم اذ هو ولى الممتنع، انما الكلام فى أنه

هـل يجب التقـابض من الجـانبين أو يجب الاقبـاض أولاـ من البـائع. ربما يقال بأنه يجب عليه، اذ الثمن تابع للمبيع، و لان اطلاق العقد ينصرف اليه، و لأنه انما يستقر البيع باقباض المبيع، فان المبيع لو تلف قبل القبض يكون من مال البائع.

و هـذه الوجـوه مخـدوشه، اذ لم يعلم المراد من التبعيه، فـان كـل واحـد من المـبيع و الثمن عـوض للاـخر، و أمـا الانصـراف فلا موضوع له، اذ العقد لا يدل على التسـليم بل يدل على الملكيه. و أما تقبيح العقلاء يكون من الطرفين، فان مطالبه كل منهما حقه بـدون تسـليم ما عليه مورد تقبيـح العقلاء. و أما التلف قبل القبض فهو حكم تعبـدى شـرعى و لا يرتبط بمفاد العقد، فان الملكيه تتحقق بالعقد، كما أنه لا وجه لما نسب الى بعض من وجوب التسليم على المشترى اولا، اذ لا فرق بين البائع و المشترى.

و ما يقال: من أن الثمن كلى و لا يتعين حق البائع قبل التسليم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۸۹

...

فـالجواب عنه: أولا يرد النقض بما لو كان المبيع كليا، و ثانيا يمكن التعيين بلا تسـليم خارجى، فانه باذن البائع بعينه، فهـذا الوجه غير سديد.

و ربما يقال: بأن التسليم من طرف البائع قبل تسليم المشترى يوجب فوات حقه من الخيار.

و يرد عليه: أولا ان الحق لا يفوت، اذ الخيار يثبت بعد تسليم الثمن.

و ثانيا فوت الحق لا يقتضى الامساک من قبل البائع، فالحق أنه يجب التقابض كما عليه المشهور بلا تقدم أحدهما على الاخر. و عليه يكون مقتضى القاعده اجبارهما على التسليم.

و ربما يقال: بأنه لو امتنعا معا لا يجبران، لان الشرط الضمنى التسليم و الدفع عند دفع الاخر.

و يرد عليه: أنه

تاره یکون الامتناع من کلا الجانبین مطلقا، و أخری یکون امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، أما علی الاول فیجوز اجبار کلیهما علی التسلیم، لان المفروض أنه حبس مال الغیر و لا یجوز ذلک، و علی الثانی لو امتنع أحدهما لأجل امتناع الاخر فلا یکون الامتناع متحققا من الطرفین، اذ المفروض أن امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، و لیس مفاد الشرط الامساک حتی فی هذه الصوره. فانقدح بما ذکرنا أنه یجب علی کل منهما الدفع و یترتب علیه أنه یجبر الممتنع بلا فرق بین البائع و المشتری.

و أما لو امتنع أحدهما فهل یجب علی الاخر الدفع؟ ربما یقال بأنه یجب، اذ عصیان أحد لا یقتضی جواز ظلم من الاخر. لکنه یقال: لیس الامر کذلک، فان بناء العقلاء علی خلافه، و الشارع أمضی ما علیه العقلاء.

و یمکن أن یوجه بأن مقتضی الشرط الضمنی أن یکون العین أمانه عند کل

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۹۰

قوله: مسأله یجب علی البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا و من غیرها فی الجمله (۱).

واحد منهما الی زمان تسلیم العوض، و هذا الشرط جائز و یلزم بمقتضی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

هذا کله فی المعجل، و أما لو کان أحد العوضین مؤجلا فلا اشکال فی وجوب تسلم من الطرف الاخر، فلو لم یسلم الی زمان حلول اجل الاخر فهل یجوز له الامساک أم لا؟ قال فی التذکره: لیس له الامساک، و أفاد الشیخ بأن وجهه یمکن أن یکون لأجل أن الشرط التسلیم المطلق، لکن لا یبعد أن یکون له الحبس فان مقتضی الارتکاز العقلائی ذلک، فلا یبعد أن یقال: ان حق الحبس فی مقابل الحبس عن غیر حق.

ثم انه لو قبض العین بغیر حق فلا

اشكال فی أن الطرف له أن يرده، اذ المفروض أن قبضه عن غير حق، و هل يصح تصرفه فيه؟ أما التصرف المتوقف على القبض فلا يكون بلا اشكال، و أما غيره فعلى القاعده لا مانع من صحته، و قاعده نفی الضرر متساويه بالنسبه الى الطرفين، مضافا الى ما فيها من الاشكال.

و لو فرض التسليم من أحد الطرفين تبرعا أجبر الاخر على التسليم بلا كلام.

و هل يحجر عن التصرف فيما عنده؟ الظاهر أنه لا فرق بين هذه الصوره و صوره قبض ماله بلا اذن من الطرف لوحده الملاک. فلاحظ.

## [مسأله يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فی الجمله]

أقول، ان الوجوب لا اشكال فيه، غايه الامر وقع الكلام بينهم فی أن هذا الوجوب نفسی أو شرطی، فان بعض عبائرهم يوهم الثانی حيث يقولون يجب التسليم مفرغا. و الظاهر هو الوجوب النفسی، و يدل على المدعی ما مر فی وجوب التسليم، فان اشغال مملوک الغير خلاف السلطنه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۴۹۱

...

و يمكن أن يشكل: بأن الاشغال الفعلی خلاف السلطنه و أما لو كان مشغولا من السابق فلا يقتضی هذا الوجه للإفراغ، فالاولى أن يتمسک بدليل آخر، و هو أن الشرط المضمر يقتضی وجوب الافراغ.

ثم انه لو لم يفرغ البائع المبيع اما لعدم امكانه أو لعصيانه فهل يثبت الخيار للمشتری أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لو كان جاهلا و كان متضررا يثبت له الخيار، و الظاهر أنه قدس سره ناظر الى حديث نفی الضرر.

و يرد عليه: انه يكفی لثبوت الخيار تخلف الشرط، مضافا الى أن حديث نفی الضرر مخدوش كما بيناه فی محله.

ثم انه لو لم يفرغ و مضت مده وفات بعض المنافع فان كان بتقصير من البائع يكون عليه الضمان، اذ المفروض

أنه يجب عليه الافراغ و ليس له حق الاشغال فأتلف مال الغير، و اما ان لم يكن مقصرا فربما يشكل الحكم بالضمان، اذ المفروض أنه غير مقصر، الا أن يقال: بأن الارتكاز العقلائى يقتضى ضمانه، كما أنه يمكن أن يقال: بأن مقتضى الشرط المضمر ثبوت الضمان.

و مما ذكرنا علم أنه لو كان فى الارض زرع قد أحصد وجبت ازالته، و أما لو لم يحصد فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجب على المشترى الصبر للزوم الضرر على البائع، و أما ضرر المشترى فينجبر بالخيار كما لو كان المبيع مستأجره.

و يرد عليه: مضافا الى أن حديث الضرر لا يستفاد منه هذا المعنى على مسلكنا و مضافا الى أنه خلاف الامتنان بالنسبه الى المشترى على مسلك الاستاذ:

ان الخيار و ان كان ثابتا للمشترى لكن نفس هذا المعنى ضرر بالنسبه اليه، فان عدم سلطنه الانسان على ماله ضرر بنفسه، و قياس المقام بباب الاجاره مع الفارق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۲

...

اذ فى ذلك المقام انتقلت العين الى المشترى مسلوبه المنفعه، و غايه ما يترتب عليه الخيار بلحاظ الشرط المضمر، و المقام ليس كذلك كما هو واضح.

نعم لو كان المشترى عالما بالحال ليس له القلع، و لكن يمكن أن يقال:

ان فى هذه الصوره ليس له الارش أيضا، كما فى مورد الاجاره، فالامر دائر بين جواز القلع و عدم جوازه بلا أخذ الاجره فلاحظ.

و احتمل الشيخ تخيير المشترى بين الابقاء مع الاجره و الفسخ لتقدم ضرر البائع، و يمكن أن يكون الوجه فى التقديم أن ضرر المشترى يتدارك بالخيار.

و لكن يرد عليه: ان ضرر البائع يتدارك بالارش فما الوجه فى التقديم، كما أنه لا وجه لتقديم اكثر ضررا، فان الحديث

على تقدير تماميه دلالته لا يستفاد منه الا نفى الحكم الضررى، و مع التعارض لا يشمل لعدم امكان شموله، و أما تقديم الاكثر ضررا فليس عليه دليل. فانقدح انه لو أغمضنا عما ذكرناه لا يكون ما أفاده تاما كما ذكرنا.

ثم انه لو احتاج تفريغ الارض الى هدم شى ء هدم باذن المشترى و عليه طم ما يطم برضى المالك، و اصلاح ما هدم أو الارش على اختلاف الموارد بأنه لو كان مثليا فيجب الاصلاح و ان كان قيميا يجب الارش.

ثم ان المصنف أفاد: بأن المراد من الارش قيمه الهدم لا ـ ارش المعيب، و يمكن أن يكون نظره فيما ذكره الى أن الهدم حق للبائع فلا يجب عليه الارش و أما قيمه الهدم فلانه ليس له الهدم مجانا.

و يرد عليه: انه ان قلنا بأن الهدم شرط للبائع كما أنه شرط عليه فلا وجه لقيمه الهدم، و ان قلنا بأنه ليس له الهدم فلا وجه لعدم الارش.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۳

قوله: مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشترى عن تسليم الثمن فلا اثم (۱).

ثم انه لا يخفى أنه وقع الكلام بينهم فى مسأله ما لو هدم الجدار أحد الشريكين بغير اذن صاحبه، بأنه هل يجب الاعاده مطلقا أو الارش كذلك أو التفصيل بين ما لو كان مثليا فالاعاده و بين ما لو كان قيميا فالارش؟ و الحق هو التفصيل، كما هو الميزان الكلى فى باب الضمان من وجوب أداء الاقرب الى التالف.

**[مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشترى عن تسليم الثمن فلا إثم]**

أقول: هذا أمر ظاهر، لكن يقع الكلام فى أنه هل عليه أجره المنافع أم لا ـ؟ الحق أن يقال: انه لو استوفى المنافع يكون عليه الاجره، فانه لا وجه

للمجانيه، و أما فى غير هذه الصوره فالظاهر أنه ليس عليه الاجره، اذ تفويت المنافع فيما لو كان التفويت عن حق لا دليل على ضمانه، مضافا الى أن مقتضى الشرط المضمر أن يكون الامساك بلا أجره و على المشترى يكون نفقه المبيع.

ثم ان المحقق تعرض بالمناسبه لمسأله نفقه الزوجه فيما لا تمكن نفسها حتى تقبض المهر، و لا اشكال فى سقوط المهر اذا كان عدم التمكين لا عن حق، و أما فيما اذا كان عن حق فلا يبعد أن لا يسقط وجوب النفقه، فان المسقط للوجوب النشوز، و هو لا يتحقق مع الحق. و تحقيق الحال موكول الى محله من كتاب النكاح.

و أفاد الشيخ بأنه يمكن الفرق بين النفقه فى المقامين، بأن يقال: النفقه فى المقام من آثار الملكيه التى هى حاصله، و فى ذلك المقام النفقه من آثار التمكين الذى هو غير حاصل. و لكن يشكل بأن النفقه من آثار الزوجيه الا فيما يكون النشوز محققا، و المفروض انه غير متحقق.

و ربما يقال: بأنه يفصل بين الموسر و المعسر كما احتمله فى جامع المقاصد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۴

قوله: الكلام فى أحكام القبض (۱).

و المراد من الاعسار و اليسر اما يرجع الى النفقه و اما يرجع الى الثمن، و على كل حال لا وجه للتفصيل بين اليسر و العسر.

هذا كله فيما يكون الامساك عن حق، و أما لو كان عاصبا و عاديا فعليه الاجره و النفقه عليه بمقتضى صحيح «۱» ابى ولاد.

ثم انه لو طلب المشترى الانتفاع و هو فى يده، فاذا كان الانتفاع منافيا للاستيثاق فلا يجب على البائع القبول، كما أنه لو طلب منه الاحضار، اذ البائع ليس خادما له فلا

يجب، و أما لو لم يكن كذلك فلا يبعد أن لا يكون واجبا أيضا، فان مقتضى الشرط المضمر المنع المطلق حتى يقبض الثمن.

## [الكلام فى أحكام القبض]

### اشاره

أقول من أحكام القبض انتقال الضمان الى القابض بعد القبض، و أما قبله فالضمان على البائع. و لا يخفى أن هذا الحكم على خلاف القاعده الاوليه، و لا بد من اثباته بالدليل، و العمده فيه الاجماع و كون الحكم مسلما عندهم، و لو أغمض عما ذكر يشكل الامر، اذ فى المقام روايتان كلتاهما ضعيفه:

الاولى: النبوى «۲» «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، و هذه الروايه ضعيفه بالارسال.

الثانيه: ما رواه «۳» محمد بن عبد اللّه بن هلال عن عقبه بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام، و هذه الروايه أيضا ضعيفه بمحمد بن هلال، فانه لم يوثق. و لكن الظاهر أن أصل الحكم من المسلمات عندهم، و لذا أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه بهذا النحو، مع أنه دام ظله لا يعبأ بالروايه الضعيفه و لا يرى انجبارها بالعمل

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۷ من كتاب الاجاره، الحديث ۱.

(۲) المستدرک الباب ۸ من أبواب الخيار.

(۳) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من ابواب الخيار، الحديث ۱.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۵

...

فأصل الحكم مما لا اشكال فيه، انما الكلام فى أمور:

(الاول) ان هذا الضمان ضمان معاوضه أى يتلف من مال البائع، فان الظاهر من قوله صلى اللّه عليه و آله «من مال بايعه» و قوله عليه السلام «من مال صاحب المتاع» فى الروايه يدل على أن التالف من مال البائع، فيكون المقصود انفساخ العقد و دخول العين فى ملک البائع و تلفه من كيسه، لكن مقتضى القاعده أن الضروره تتقدر بقدرها

فلا يحكم بالانفساخ الا آنا ما قبل التلف.

(الثانى) ان الظاهر أن هذا حكم شرعى تعبدى و ليس حقا فلا يكون قابلا للإسقاط، و لو شك فى أنه حق قابل للإسقاط أم لا يحكم بعدمه، فان مقتضى الاصل عدم سقوطه الا أن يرجع الى استصحاب بقاء الحكم الكلى الذى لا نقول به، لكن اطلاق الدليل كاف فى المدعى، فان مقتضى صحه البيع و وجوب الوفاء بالعقد بقاؤه الا فيما قام الدليل على انفساخه و ارتفاعه.

ثم انه يقع الكلام فى أن هذا الملك حقيقى أو تقديرى، و الحق هو الاول.

ان قلت: هذا ينافى صحه العقد.

قلت: الانفساخ كالفسخ لا ينافى صحه العقد بل يؤكدها، و أما لزوم العقد فمعناه عدم انفساخه بالفسخ، و المفروض ان الانفساخ بحكم الشارع، مضافا الى أنه بعد اقامه الدليل نلتزم بالجواز فى بعض الصور، و الحاصل ان المرجع الدليل.

ان قلت: هذا ينافى التسلط على النفس، فان دخول شى ء فى ملك الانسان خلاف سلطانه.

قلت: أولا ينتقض بالارث، و ثانيا ان الشارع ولى الكل و لا معنى لهذا الاشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۶

...

ان قلت: هذا خلاف تسلط الناس على أموالهم.

قلت: يظهر الجواب مما سبق، فلاحظ.

ان قلت: هذا ينافى قاعده الخراج بالضمان، فانه كيف يمكن أن يكون الضمان على البائع و الحال ان الخراج للمشترى.

قلت: أولا ان هذه القاعده ليست تحته شى ء لا سندا و لا دلاله، مضافا الى أن التخصيص اذا كان عن دليل فلا يتوجه به شى ء كما هو ظاهر، و هل يكون أثر بين القولين أم لا؟ الحق هو الاول، فانه لو قلنا بالتلف الحقيقى يكون المال داخلا فى ملك من تلف العين فى ملكه، فيترتب عليه أحكامه أعم من أن

يكون نفعا أو ضررا.

ثم انه هل يلحق بالتلف الحقيقى التلف الحكمى- و هو تعذر الوصول- كما لو سرق على وجه لا يرجى عوده أم لا؟ اختار الشيخ قدس سره الاول، و عليه حمل روايه عقبه بن خالد. لكن الحق أن الجزم بما ذكره قدس سره مشكل، فانه كيف يمكن صدق التلف على ما لا يكون تالفا، و عليه شمول الحكم له فى غايه الاشكال.

ان قلت: ان لم يكن ما ذكر ملحقا بالتالف فبأى وجه نلتزم بضمان من أتلف مال الغير بهذا النحو، بأن ألقى دره زيد فى البحر و لا يرجى وصولها، و قاعده بدل الحيلوله ليس عليها دليل.

قلت: انما نلتزم بالضمان من باب حكم العقلاء الذى هو المرجع فى باب الضمانات.

ثم هل يترتب أحكام القبض على القبض غير الشرعى كما لو قبضه المشترى بدون رضى المالك؟ الظاهر أنه يترتب لصدق القبض و لو كان حراما، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۷

...

الكيل فلو قلنا بأن المستفاد من الدليل ان القبض مشروط بهما لا يترتب الاثر بدونهما، و ذلك لأنه يستفاد من الدليل أن الموضوع للحكم فرد خاص منه.

و مما ذكر يظهر الحال فى التخليه و النقل و وضع المشترى يده على المال، فانه لو صدق القبض عرفا و لم يشترط فيه شى ء شرعا يترتب عليه الاثر و الا فلا.

هذا تمام الكلام فى التلف، و اما الكلام فى الاتلاف فيقع فى ثلاثه موارد:

(المورد الاول) فى اتلاف البائع، و الاقوال فيه ثلاثه، فعن المبسوط و التحرير و الشرائع أنه بحكم التلف لشمول النقص و اطلاقه.

و يرد عليه: أن التلف منصرف الى التلف القهرى و لا يشمل الاختيارى، فيعمل على طبق القاعده الاوليه من كون المتلف

ضامنا للمثل أو القيمه. نعم للمشترى فسخ العقد، فيكون له العوض المسمى.

هذا فيما يكون الاتلاف عن عمد، و أما لو كان عن غير عمد- كما لو كان نائما و تلف المبيع بوقوع رجله عليه- فهل يكون هذا القسم من الاتلاف خارجا عن منصرف الدليل؟ لا يبعد أن يقال بالانصراف، و لو شك فى الانصراف و عدمه فالمرجع اطلاق دليل الضمان بالمثل و القيمه.

و قول بالتخيير بين المطالبه بالقيمه و المطالبه بالثمن، و استدل عليه تاره بأن دليل الانفساخ منصرف عن المورد، يكون للمشترى الاخذ بالمثل و القيمه لتحقق سبب الضمان و يكون له الخيار لتعذر التسليم، و أفاد الشيخ بأن هذا هو الاقوى و نسبه الى جمله من الاساطين، و اما لحصول سبب الانفساخ و سبب الضمان فله اختيار أيهما شاء.

و يرد على الوجه الثانى: أنه لا يمكن الجمع بين الامرين حتى يثبت التخيير

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۸

...

فان دليل كل مبيع لو شمل المقام فلا مجال للمثل أو القيمه و ان لم يشمل فلا موضوع للانفساخ.

و يرد على الوجه الاول: ان ما أفيد و ان كان صحيحا لكن الصحيح أن يعبر بأن للمشترى الخيار بين أخذ المثل أو القيمه و بين الاخذ بالخيار و الرجوع بالمسمى، و قول بضمان البائع، اذ الدليل بعد عدم شموله للمقام يكون مقتضى القاعده ضمان المتلف. و هذا هو الصحيح، لكن للمشترى أن يأخذ بالخيار لتعذر التسليم. و اختصاص خيار تعذر التسليم بصوره بقاء العين لا وجه له، اذ هذا الخيار ناش عن الشرط المضمر، و لا فرق فيه بين بقاء العين و تلفها.

(المورد الثانى) فى اتلاف المشترى. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر أنه لا خلاف فى

أن اتلافه بمنزله القبض فى سقوط الضمان. و استدل عليه بالإجماع.

و يمكن أن يستدل بالانصراف، و بعد عدم شمول الدليل يعمل على طبق القاعده الاوليه و مقتضاها كون دركها عليه. هذا فيما يكون عالما، و أما ان كان جاهلا- بأن قدم البائع الطعام اليه فأكله- فربما يقال بأنه ليس فى حكم الاقباض.

و الحق أن الدليل منصرف عن التلف الاختيارى و لا يشمله الدليل فلا وجه للانفساخ، غايه الامر ان كان البائع غارا له يكون قرار الضمان عليه لقاعده الغرور.

و مما ذكرنا علم أن اتلاف المشترى لا يوجب الانفساخ، أعم من أن يكون اختياريا أو غير اختيارى عن علم كان أو عن جهل بعنوان دفع الضرر عن نفسه كان أم لا، ففى جميع الصور يستقر عليه الثمن.

و أما ان كان باتلاف الاجنبى فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجى ء الوجوه الثلاثه، و لو لا شبهه الاجماع على عدم تعين القيمه لكان مقتضى القاعده تعينها بعد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۴۹۹

قوله: مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين (۱).

انصراف الدليل عن الاتلاف. و لا يخفى أن هذا الاجماع لا يترتب عليه أثر، فالحق تعين القيمه بعد الانصراف. نعم للمشترى الاخذ بالخيار لتخلف الشرط.

ثم انه لو اختار المشترى القيمه فيما يكون له ذلك فهل للبائع حبس القيمه كما كان له حبس العين؟ ربما يقال كما فى كلام الشيخ: بأن دليل الحبس فهم من العقد و هو مختص بالبدل، و الحق خلافه، فان ما يفهم من الارتكاز العرفى العقلائى أن للبائع أن يمسك العين أو بدلها الى زمان وصول الثمن اليه، فما قواه الشيخ ضعيف.

ثم انه لو قبض المشترى بغير اذن البائع فأتلفه البائع فهل يكون كاسترداده

بأن يكون من التلف قبل القبض أو يكون من الاتلاف بعد القبض؟ الحق أنه يترتب عليه حكم التلف بعد القبض، فيكون البائع ضامنا للقيمه بمقتضى القاعده.

## [مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

أقول: ما يمكن أن يقال فى وجه الجريان أمور:

(منها) الاجماع. و فيه ما فيه، فانه عبر بلفظ لا خلاف و انه ليس اجماعا، و على تقدير كونه فهو منقول، و على فرض تحصيله يكون مدركيا.

(و منها) «۱» خبر عقبه بن خالد فانه قال فيه «فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله اليه» بناء على عود ضمير لحقه الى البائع.

و يرد عليه: أولا أن الخبر ضعيف سندا بمحمد بن عبد اللّه، و ثانيا لم يذكر فى الخبر أن الثمن شخصى و كلامهم فيما يكون الثمن شخصيا و الروايه مطلقه و ثالثا ان الضمان علق على خروج المبيع من بيت البائع و الحال أنهم لم يشترطوا فى تحقيق الضمان هذا الشرط، و رابعا لا دليل على عود ضمير لحقه الى البائع بل يمكن أن يكون عائدا الى المشترى الا أن يكون لفظ «يرد»

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۰ من أبواب الخيار، الحديث ۱.



قوله: مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه (۱).

بالتشديد، و أما مع عدمه فيكون المعنى أن البائع ضامن للمبيع قبل الخروج من البيت و بعد الخروج لا يكون ضامنا بل الضامن هو المشترى، فالروايه من جهات عديده قاصره عن الدلاله على المدعى.

(و منها) شمول النبوى، بأن يكون المراد من المبيع أعم من الثمن و المثمن.

و هذا خلاف الظاهر و لم يقم عليه دليل، فان الظاهر من هذه الكلمه هو المبيع.

و الانصاف أن الحكم فى الاصل أيضا مشكل، لعدم دليل

قوی فی البین.

و مما ذکرنا علم أن تسریه الحکم الی غیر البیع فی غایه الاشکال. نعم فی مورد الاجاره نلتزم بالنتیجه، لکن لا من باب الانفساخ بل من باب انکشاف فساد الاجاره، اذ یکشف أنه لا منفعه کی یملکها المستأجر، و لذا لا فرق فیه بین القبض و عدمه.

## [مسأله لو تلف بعض المبیع قبل قبضه]

### اشاره

أقول: لو تلف بعض المبیع فان کان مما یقسط علیه الثمن یکون من التلف قبل القبض فیکون من مال البائع لإطلاق الدلیل و ان لم یکن مما یقسط علیه الثمن کید العبد مثلا- یکون کالوصف الموجب للتعیب. و الحق أنه لا- یوجب الانفساخ و لا- یوجب الارش، اما الانفساخ فهو حکم ترتب علی المبیع، و من الواضح أن الوصف لا یکون مبیعا، و ان الارش فلا دلیل علیه فان الارش بحسب الدلیل یختص بالعیب الموجود قبل العقد.

و ربما یقال کما فی کلام الشیخ: بأن المستفاد من الدلیل أن العقد یفرض معدوما من هذه الجهه، فان کان التالف تمام المبیع یکون معناه الانفساخ کلیا و فی الجزء جزئیا، و ان کان التالف الوصف تکون النتیجه الارش و الخیار.

و فیه: ان الموضوع فی الدلیل عنوان المبیع و الوصف لا یکون موردا للبیع.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۰۱

قوله: الاقوی من حیث الجمع بین الروایات حرمه بیع المکیل و الموزون قبل قبضه (۱).

و ربما یقال: بأنه یثبت الارش بحدیث لا ضرر. و فیه ان الحدیث مفاده الحکم التکلیفی، و ثانیا لا یکون مثبتا للحکم، و ثالثا ان الصبر ضرر علی المشتری و أخذ الارش ضرر علی البائع و لا وجه للترجیح. فالحق أن یقال: ان العیب اذا کان بآفه سماویه فلا یترتب علیه شی ء، و ان کان بفعل أحد

فبمقتضی قاعده الضمان یکون المتلف ضامنا.

و ما فی کلمات الاعلام من أن الارش حکم تعبدی خاص ثابت بدلیله فی مورده، لا یمکن المساعده علیه، فان الضمان أمر عقلائی أمضاه الشارع و الا یلزم أن نلتزم بعدم ضمان من یوجب نقص أموال الناس و لو بلغ ما بلغ.

فالذی تحصل مما ذکر أن العیب الحادث اما بآفه سماویه و اما بفعل أحد، و علی الثانی اما بفعل البائع و اما بفعل المشتری أو بفعل الاجنبی، أما علی الاول فلا یثبت الارش لعدم الدلیل، و أما الخیار فالحق أنه ثابت بالشرط المضمر، فان البائع یلتزم بایصال المال سالما الی المشتری، و أما علی الثانی فیثبت الارش و الخیار، اما الاول فلقاعده الضمان و اما الثانی فللشرط، و أما علی الثالث فلا خیار و لا ارش، و اما علی الرابع فیثبت الضمان علی الاجنبی و یثبت الخیار للمشتری علی البائع.

**[الأقوی من حیث الجمع بین الروایات حرمه بیع المکیل و الموزون قبل قبضه]**

**اشاره**

---

قمّی، سید تقی طباطبایی، دراساتنا من الفقه الجعفری، ۲ جلد، مطبعه الخیام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۰ ه ق دراساتنا من الفقه الجعفری؛ ج ۴، ص: ۵۰۱

أقول: و فی قبال هذا القول قول بالکراهه، و الاخبار «۱» الوارده فی المقام ثلاث طوائف:

(منها) ما دل علی النهی مطلقا، کالروایه الخامسه من هذا الباب، فانه یدل

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۰۲

...

علی عدم جواز بیع الطعام قبل الکیل.

(و منها) ما یدل علی الجواز مطلقا، کالروایه السادسه من هذا الباب.

(و منها) ما یفصل فیه بین التولیه فحکم بالجواز و بین غیرها فحکم بالمنع، کالروایه الاولی من هذا الباب، و مقتضی حمل المطلق علی المقید ما أفاده الشیخ قدس سره.

ثم ان هذا الحكم مختص بالمكيل

و الموزون، و أما فی غیرهما فالصحه علی القاعده. مضافا الی أنه تستفاد الصحه من روایات الباب بالمفهوم فی بعضها و بالمنطوق فی بعضها الاخر.

ثم ان الظاهر من روایات الباب الحرمه الوضعیه، فانها الظاهر من النهی فی باب المعاملات. ثم انه هل یختص هذا الحکم بالمبیع الشخصی أم یعم الکلی؟ الظاهر هو الثانی لإطلاق روایات الباب.

ثم انه لا یخفی أن الظاهر من النصوص الوارده فی المقام أن المعتبر فی البیع القبض فلو حصل القبض لا یعتبر الکیل أو الوزن، کما أنه مجرد الکیل و الوزن بلا قبض لا أثر لهما. و ملخص الکلام أن الظاهر من النصوص أن المیزان بالقبض، و انما عبر بالکیل و الوزن لأنهما یتحقق بهما القبض خارجا.

**و ینبغی التنبیه علی أمور:**

**(الاول) انه هل یلحق الثمن بالمثمن فی هذا الحکم أم لا؟**

لا اشکال فی أنه لو لم یقم دلیل علی التسریه لکان مقتضی القاعده عدم اللحوق، فان اللحوق یحتاج الی الدلیل لا عدمه کما هو ظاهر. و ربما یقال: بأن الملاک مشترک، و هو ضعف الملکیه قبل القبض، و لا اشکال فی ضعف هذا الوجه.

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۵۰۳

...

و ربما یستدل علی الالحاق «۱» بما رواه الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام فان المستفاد من الروایه بمقتضی التعلیل ان کل ما یکال لا یجوز بیعه قبل القبض.

و فیه: أولا انه مخصوص بالمکیل، و ثانیا ان ما یستفاد منه أن کل مبیع یکال لا یجوز بیعه قبل القبض لا أن کل ما یکال لا یجوز بیعه قبل قبضه، مضافا الی أنه یحتمل أن یکون المراد من الروایه عدم قبض الشریک حصته من الشرکاء فیکون خارجا عن المقام.

و استدل علی عدم اللحوق بما رواه «۲» ابن شعیب عن أبی عبد اللّه علیه السلام.

و یرد

علیه أولا: انه حکم وارد فی مورد خاص و القیاس علی خلاف القاعده و ثانیا ان الثمن المذکور فی الروایه الدرهم و الکلام فی الطعام، و ثالثا انه لم یفرض جعل الثمن مبیعا بل الظاهر جعله ثمنا و الکلام فی المبیع، و رابعا انه مطلق نرفع الید عن اطلاقه بالدلیل. فالعمده عدم المقتضی للإلحاق.

## (الثانی) انه هل یختص هذا الحکم بالبیع أو یجری فی غیره؟

الظاهر هو الاول، لعدم الوجه للإلحاق، و کلمات القوم فی المقام مختلفه، و العمده الادله و مقتضاها الاختصاص.

## (الثالث) انه هل المراد من المبیع المنهی ایقاع البیع علیه

أی علی ما لم یقبض أو یعم تشخیص المبیع الکلی علیه؟ أفاد المصنف بأن الظاهر من النص و الفتوی الاول و نفی البعد عن الثانی. و الحق کما أفاده قدس سره أن الظاهر هو الاختصاص سیما بلحاظ ما فصل فیه بین التولیه و غیرها، فان تطبیق الکلی علی ما اشتراه خارج موضوعا کما هو ظاهر.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۲ الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود، الحدیث ۱۰.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۱ من أبواب السلف، الحدیث ۱۰.



...

و هل یستفاد المنع من روایه الحلبی «۱» حیث منعه علیه السلام عن التصدی للبیع أم لا یستفاد؟ الظاهر هو الثانی، اذ النهی من جهه دفع الاتهام، و لذا أفاد علیه السلام فی ذیل الحدیث بأنه جائز، و هل یستفاد من حدیث ابن شعیب الجواز أم لا یستفاد؟ قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یکون له علی الاخر أحمال من رطب أو تمر فیبعث الیه بدنانیر فیقول اشتر بهذه و استوف منه الذی لک. قال: لا بأس اذا ائتمنه «۲».

أفاد الشیخ قدس سره بأنه یستفاد من هذه الروایه الجواز. و أورد علیه الایروانی قدس سره بأن هذه الروایات أجنبیه عن محل الکلام، اذ الظاهر منها التوکیل فی الاشتراء للبائع و القبض من قبله ثم استیفاء الحق منه.

و الحق أنه لیس فیه هذا الظهور المدعی فی کلامه، لکن مع ذلک لا یمکن المساعده علی الشیخ، فانه لو تم المقتضی للمنع لا یکون مثل هذه الروایه معارضه لدلیل المنع، اذ المستفاد منه أنه بعد تمامیه

البيع و بعد ما كان التصرف جائزا للبائع يكون الوكيل وكيلا فى استيفاء الحق. و بعباره أخرى: ليس فى الروايه تعرض لموضوع الجواز، بل الحكم على فرض تماميه الموضوع، فالعمده منع المقتضى و ظهور دليل المنع فى البيع و لا يشمل تطبيق المبيع، و لذا لا شبهه فى جواز هبه غير المقبوض. مضافا الى أن خبر ابن شعيب لم يفرض فيه أن الاحمال من الرطب مملوكه للمديون بالبيع.

هذا فيما يكون المبيع شخصيا، و أما لو كان المبيع كليا فهل يكون الامر كذلك أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا يجرى فيه ذلك، اذ لا يتحقق الانطباق

---

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١.

(٢) التهذيب، الجزء ٧ الصفحه ٤٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰۵

...

الا بالقبض ثم الاقباض فيخرج عن موضوع الكلام. و بعباره أخرى: ما دام لا يتحقق الكلى فى الخارج لا يمكن انطباق المبيع عليه، و تحققه فى الخارج يكون بالقبض، و به يخرج عن محل الكلام، فان الكلام فى بيع ما لم يقبض.

أقول: لو قلنا بأن الكلى فى الذمه يتشخص فى الخارج باذن الدائن فباذن من له الكلى يتحقق ذلك الفرد فى الخارج بلا تحقق القبض، فيجرى عليه حكم غير المقبوض. و كيف كان أفاد قدس سره بأنه حيث أن الامر كذلك فلا بد من الحواله أو التوكيل أى الايفاء، لا بد من تحققه بأحد هذين الامرين فيدخل فى المسأله المعروفه، و هى أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الاخر فانه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل فى الشرائع بأنه قبضه عماله قبل أن

يقبضه صاحبه.

و لا يخفى أنه لو كان بنحو الوكاله لا يجرى فيه الاشكال، اذ معنى الوكاله أن يقبض للمديون ثم يقبض لنفسه و هذا لا اشكال فيه الاـ من حيث ان القابض و المقبض واحد، و هذا لا اشكال فيه. و أما لو كان بنحو الحواله فتاره نقول بأن الحواله ترجع الى جعل ما على الغير معوضا و ما على نفسه عوضا و بعباره أخرى يكون بيعا واقعا بصوره الحواله فيدخل فى المقام و لا يكون جائزا، مضافا الى أنه من بيع الدين بالدين، و ان قلنا بأن الحواله عباره عن جعل الغريم غريما لمن عليه- و بعباره أخرى جعل الغريم مقام نفسه لا أنه يتبدل أحد الامرين بالاخر- فلا يدخل فى محل الكلام، و ان قلنا بأنها مجرد وفاء الدين فيشكل الامر، حيث ان الكلى لم يتشخص بعد فى الخارج.

لكن الظاهر أنه يجوز بمقتضى النص الخاص الوارد فى المقام و قد استدل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰۶

...

فى الحدائق به. و الانصاف أن مفاده لإثبات المقصود تام، و لو قلنا بأن الحواله تغاير البيع فلا موجب لتسريه الاشكال.

و ملخص الكلام: ان كان الاشكال مختصا بالبيع فلاـ وجه لجريانه فى الحواله و لو قلنا بأن الموضوع مطلق المعاوضه و تكون الحواله معاوضه فيتحقق الاشكال لكن لاـ وجه لاختصاص الاشكال بما يكون الانتقال بالبيع، بل يجرى حتى فيما لا يكون الانتقال بالبيع بل بوجه آخر من بقيه المعاوضات، كما أنه يجرى فى العوض أيضا.

**(الرابع) انه ذكر جماعه بأنه لو كان على شخص دين كالحنطه مثلا فدفع دراهم الى من له الحنطه و قال اشتر بها لنفسک الحنطه لا يصح لقانون المعاوضه.**

و أفاد الشيخ بأنه ينقض بالمعاطاه حيث انه يجوز أن يشترى بما أخذ بالمعاطاه مع الالتزام بالاباحه فى المعاطاه، و أيضا ينتقض بما لو اشترى شيئا بمال مغصوب مع علم البائع بالغصب،

فانه يجوز أن يتصرف فيه تصرفا يتوقف على الملك كوطى الجاريه و حيث ان المعاوضه تقتضى دخول كل من العوضين فى كيس من خرج عنه العوض الاخر.

تصدى الشيخ قدس سره لدفع الاشكال عن مورد النقض بأحد وجوه و قال:

بأنه يمكن أن نلتزم بدخول العين فى ملك الشخص فى المعاطاه قبل التصرف آنا ما أو نلتزم بأنه مع علم البائع بالغصب يكون تمليكا مجانيا، أو نلتزم بأنه لو اشترى شيئا بما أخذه من المالك يكون فضوليا و باجازه المالك الشراء و القبض يتم الامر، ففى المقام نلتزم بأن الاشتراء فضولى، غايه الامر بالاجازه تصح المعامله و باستمرار القبض يكون قبضا لماله على المالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰۷

قوله: مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته (۱).

و يمكن أن يقال: بأن اللام فى قوله «اشتر لنفسك طعاما» يكون للنفع لا أن يكون الاشتراء لنفسه بل يكون الاشتراء للمالك ثم استيفاء الحق من مال المالك. و يدل عليه بعض النصوص.

أقول: العمده فى وجه الاشكال عدم تعقل المعاوضه بغير هذا الوجه، لكن قد ذكرنا سابقا بأنه لا يتقيد البيع بهذا القيد، فانه يمكن أن يشترى شيئا بمال الغير اذ يصدق عليه الاشتراء و البيع فيشمله دليل الصحه، فمن هذه الناحيه لا اشكال فيه لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هى أنه لو اشترى شيئا لنفسه يدخل المشترى فى كيس الغريم. و سقوط الدين عن ذمه المديون لا وجه له، اذ السقوط اما بالابراء و اما بالاداء و اما بالتبديل، و شى ء من هذه الامور لم يتحقق، فالمتعين أن نلتزم بكون اللام لام المنفعه لا الملكيه، فيشترى للمديون ثم باذنه يأخذ

المشترى.

## [مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته]

### اشاره

أقول: فى المقام مسائل ثلاث:

**(الاولى) أن يكون سلما بأن أسلفه فى المدينه فطالبه بالشام فيتراضيان بقيمه بلد المطالبه أو بقيمه بلد وجوب التسليم،**

فأفاد الشيخ قدس سره أنه لا يجوز لأنه مصداق لبيع ما لم يقبض.

و يرد عليه:

أولا- ان هذا الاشكال انما يكون له مجال فيما يقع المعامله بالبيع، و أما لو وقع المعامله بنحو آخر فلا مجال للإشكال، لان الموضوع فى دليل النهى هو البيع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ۴، ص: ۵۰۸

...

و ثانيا- أنه يستفاد من جمله من الروايات «۱» أن البيع من البائع جائز، انما الكلام فى أن المشترى هل يكون له مطالبه العين فى ذلك البلد أم لا. أفاد الشيخ بأنه لا اشكال فى عدم وجوب اداء العين فى بلد المطالبه، و أولى بعدم الجواز لو طالبه بقيمه بلد التسليم.

أقول: اذ كان تسليم العين ممكنا فى بلد المطالبه مع تساوى القيمه بين البلدين أو كون بلد المطالبه أقل من بلد المعامله فلا يبعد وجوب دفع العين كما أفاده المصنف، اذ المفروض أنه حل و التقصير من ناحيه البائع، فانه ملزم بالدفع.

ان قلت: الشرط المضمر حين العقد يقتضى الدفع فى بلد المطالبه.

قلت: نعم و لكن البائع لا يدفع فعدم الدفع من ناحيه البائع. و ان شئت قلت: لا يستفاد من الشرط أزيد من هذا المقدار، أى أن المستفاد من الشرط أن البائع غير ملزم بأدائه فى غير بلد المعامله، لكن على فرض عدم تسليمه يجبر على دفع دينه و ما فى ذمته، و أما اذا كانت القيمه أزيد فالظاهر أن الامر كذلك.

و التمسك بدليل الضرر يرد عليه: أولا- انه يختلف باختلاف المبانى، و ثانيا ان ضرر البائع بالدفع معارض بضرر المشترى بالامساك.

هذا فيما يمكن دفع العين، و أما لو لم يمكن بأن لم يكن المبيع فى الخارج فهل للدائن اجبار البائع بدفع

القیمه؟ الظاهر أنه لیس له. و ما عن العلامه من أن التسلیم من قبیل القیود التی یتشخص الکلی بها و مع تعذره یصدق أن تسلیم المبیع متعذر فللمشتری مطالبه القیمه أی قیمه بلد المعامله.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۱۱ من أبواب السلف.



...

و فیه: ان هذا لیس من القیود المشخصه بل شرط خارجی، و غایه ما یترتب علیه أن یکون للمشتری خیار الفسخ.

**(الثانیه) انه لو کان الطعام علیه بنحو القرض لا شبهه فی جواز البیع هنا،**

لعدم موضوع للإشکال المذکور، حیث أنه مخصوص بما یکون البیع واردا علی بیع غیر مقبوض، و أما مطالبه المثل فمع امکانه فلا اشکال فی جوازه بحسب الظاهر فیما لا یکون بلد المطالبه أزید بل حتی فی تلک الصوره کما مر آنفا، و أما مع وجود المثل فهل له مطالبه القیمه؟ الظاهر أنه مشکل، لان المفروض أنه یمکنه دفع العین فیما بعد فلا تصل النوبه الی القیمه. لکن مع ذلک یشکل، اذ المفروض أنه مثلی فیجب المثل.

هذا بحسب القاعده الاولیه، و فی المقام نص «۱» یستفاد منه جواز المطالبه فی غیر بلد القرض، لکن المفروض لیس هو القرض بل المستفاد منه الدین.

**(الثالثه) أن یکون ما علیه بالغصب و هو اما یکون مثلیا و اما یکون قیمیا،**

أما علی الاول فیجوز مطالبه المثل، و مع تعذره فعلا یشکل الانتقال الی القیمه، و لو کان قیمیا یجوز مطالبته بالقیمه. و الظاهر أن المیزان هی القیمه الفعلیه لمکان المطالبه.

و الحمد للّه أولا و آخرا. قدتم البحث فی یوم الثلثاء الثالث من شهر جمادی الاولی من سنه ۱۳۹۸ هجریه علی مهاجرها آلاف التحیه و الثناء. اللهم ارزقنا زیارته فی الدنیا و شفاعته فی الآخره. آمین یا رب العالمین.

---

(۱) الوسائل، الجزء ۱۳ الباب ۲۶ من ابواب الدین و القرض، الحدیث ۱.

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١۴٢۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( (sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
۴.CHM
۵.PDF
۶.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقیق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مركز القائمية اصبهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹